Ist der Verzug des Käufers bezüglich seiner Abnahmepflicht als teilweise Nichterfüllung im Sinne von § 326, Abs. 1, Satz 3 B.G.B., zu erachten?

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau.

Vorgelegt von

Joachim Venettisch aus Berlin

Referent: Prof. Dr. Süß

1931.

Inhaltsverzeichnis

§ 1. Begriff und Umfang der Abnahme . . . Seite 5

§ 2. Die Abnahmepflicht als klagbare Leistung . „ 13

§ 3. Die Abnahme im Rahmen des Kaufvertrages eine nicht begriffswesentliche Leistung . . „ 19

§ 4. Das Recht aus § 326 BGB. insbesondere aus § 326 Abs. 1 S. 3 BGB. . . . . „ 22

§ 5. Die kennzeichnenden Merkmale für eine Leistung, die zur Geltendmachung der Rechte aus § 326 BGB. berechtigt . . . . . „ 37

§ 6. Die Abnahmepflicht ist nur ausnahmsweise eine Leistung, die zur Geltendmachung der Rechte aus § 326 Abs. 1 S. 3 berechtigt . . . . „ 43

§ 7. Die Wirkung einer teilweisen Erfüllung auf den ganzen Vertrag und die von § 326 Abs. 1 S. 3 BGB. erfaßten Fälle einer teilweisen Erfüllung . . . . . „ 51

Literaturverzeichnis . . . . . „ 59

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543104_0112

§ 1.

Begriff und Umfang der Abnahme.

Die Aufgabe der Abhandlung ist die Untersuchung der Frage, ob der Verzug des Käufers bezüglich seiner Abnahmepflicht als teilweise Nichterfüllung im Sinne von § 326 Abs. 1 Satz 3 BGB. zu erachten ist. Die Bestimmung des § 326 BGB. regelt die Folgen des Verzuges einer Vertragspartei bei gegenseitigen Verträgen und stellt eine besondere Regelung gegenüber den allgemeinen Verzugsbestimmungen der §§ 286 ff. BGB. dar. Die Untersuchungen der vorliegenden Arbeit müssen daher auf die Frage zugespitzt sein, ob und inwieweit Rechtsfolgen aus der Verletzung der Abnahmepflicht sich ergeben. Bevor auf diese äußerst bestrittene Frage eingegangen wird, sollen zunächst kurz der Inhalt und der Umfang der Abnahmepflicht sowie deren Bedeutung im Rahmen des Kaufvertrages betrachtet werden, da auch hierüber in Literatur und Praxis Streit besteht und eine Stellungnahme zu diesen Fragen eine wesentliche Voraussetzung für die Untersuchung der aus der Verletzung der Abnahmepflicht sich ergebenden Rechtsfolgen darstellt.

Die Gesetzesstelle, die den Ausgangspunkt der Untersuchungen bildet, ist die Bestimmung des § 433 Abs. 2 BGB., welche lautet:

> der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen.

Weder der Sprachgebrauch des täglichen Lebens noch das Gesetz geben irgendwelche Anhaltspunkte für die Bestimmung des Begriffs „Abnahme". Geht man von dem Sprachgebrauch aus, so muß man feststellen, daß „Abnehmen" in einem doppelten Sinn gebraucht wird. Einmal versteht man darunter den Akt der körperlichen Wegnahme einer Sache, den Uebergang der Sache von dem einen auf den anderen, gleichviel ob sie ihm gebracht wird, oder ob er sie holt. Im kaufmännischen Verkehr aber wird der Ausdruck Abnahme als ein Sammelname für die gesamte Tätigkeit des Käufers vom Abschluß des Kaufs bis zur Zahlung des Kaufpreises gebraucht. Danach werden die im kaufmännischen Verkehr sehr häufigen Maßnahmen des Abrufs, d. h. der Erklärung des Käufers, daß die Lieferung des Verkäufers in dem

vom Käufer näher bezeichneten Zeitpunkte erfolgen solle, sowie der Spezifikation, d. h. der dem Käufer einer beweglichen Sache vorbehaltenen näheren Bestimmung über Form, Maß oder ähnliche Verhältnisse (§ 375 HGB.) unter dem Begriff Abnahme verstanden[1]).

Auch aus dem Gesetz läßt sich eine Bestimmung des Begriffs Abnahme nicht entnehmen. Der Wortlaut des § 433 Abs. 2 BGB. besagt hierfür nichts. Aber auch aus anderen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches läßt sich nichts entnehmen. Da das Gesetz von einer Abnahmepflicht, nicht nur beim Kauf, sondern auch beim Werkvertrag (§ 640 BGB.) spricht, ist die Meinung vertreten worden, daß in beiden Fällen der Inhalt der Abnahme der gleiche sei. Die Vertreter dieser Auffassung[2]) sehen keinen Grund, dem Begriff Abnahme in § 433 BGB. eine andere Bedeutung beizulegen als im § 640 BGB. Dort bedeutet die Abnahme inhaltlich nach durchaus herrschender Lehre[3]) Annahme als Erfüllung des Vertrages. Die Tragweite dieser Begriffsbestimmung zeigt sich in ihren Folgen: die Beweislast wird gemäß § 363 BGB. umgekehrt. Eine Genehmigung der Leistung und eine Anerkennung ihrer Vertragsmäßigkeit ist also, wie aus § 363 BGB. hervorgeht, in der Annahme als Erfüllung nicht enthalten. Oertmann ist nun der Meinung[4]), daß das Gesetz, wenn die Abnahme im § 433 einen anderen Inhalt als im § 640 BGB. haben würde, dem Verkäufer nichts verliehen hätte, was ihm nicht bereits in noch vollkommener Weise zugestanden hätte. Durch die schneidigen Folgen des Annahmeverzuges, besonders den Selbsthilfeverkauf, könne er sein Interesse in weniger zeitraubender, insofern vollkommener Weise zum Ausdruck bringen. Daher sei die Abnahme sinngemäß, wenn man sie auf mehr gerichtet sein ließe, als auf die tatsächliche Wegnahme oder die Entgegennahme der dinglichen Uebertragungserklärung des Verkäufers. Dieser habe ein Interesse daran zu wissen, daß der Käufer die Ware wenigstens grundsätzlich als Erfüllung annehme, wenn auch vorbehaltlich der Ansprüche wegen später hervortretender oder bei der Uebernahme besonders gerügter Fehler.

Hiergegen ist einmal zu sagen, daß der Verkäufer durch die aus dem Annahmeverzug sich ergebenden Rechte nicht ausreichend geschützt ist, denn zur Hinterlegung gemäß § 372 BGB. wird sich die Sache, die den Gegenstand des Kaufs bildet, nur selten eignen. Aber auch der bürgerlich-rechtliche, sowie der handelsrechtliche

[1]) Vgl. Förtsch, DJZ. 05 S. 17, Lehmann, DJZ. 02 S. 491 f.
[2]) Rümelin, S. 227, Eck S. 253, Oertmann in Ehrenberg S. 404 ff.
[3]) Planck § 640 Anm. 1c, Oertmann § 640 Anm. by.
[4]) Oertmann in Ehrenberg S. 405.

Selbsthilfeverkauf gemäß § 383 BGB. bzw. § 373 HGB. wird dem Verkäufer nicht immer angenehm sein, da hierbei genaue Vorschriften einzuhalten sind, deren Verletzung ihn dem Käufer gegenüber schadensersatzpflichtig machen würden. Wie die Praxis lehrt, sind gerade die Prozesse, die auf Grund eines erfolgten Selbsthilfeverkaufs gegen den Käufer angestrengt werden, überaus häufig und im Ergebnis durchaus nicht immer sicher, da die Einwendungen des Käufers, es habe eine wesentliche Voraussetzung zur Vornahme des Selbsthilfeverkaufs gefehlt oder es sei gegen wesentliche Vorschriften des § 383 Abs. 3 BGB. bzw. des § 373 Abs. 2 HGB. verstoßen worden, oftmals durchgreifen. Die Möglichkeit, die verkaufte Sache loszuwerden, ist daher mindestens mit einem Risiko für den Verkäufer verknüpft. Selbst wenn daher durch die Abnahmepflicht im § 433 BGB. der Verkäufer nur das Recht erhalten hat, die körperliche Hinwegnahme der raumfüllenden verkauften Sache zu verlangen, hätte er schon mehr erlangt, als ihm aus dem Annahmeverzug zusteht.

Andererseits verkennt auch Oertmann nicht[5]), daß das Schweigen des Käufers auf die Zusendung der bestellten Ware meist als Annahme als Erfüllung gedeutet werden, also die Umkehrung der Beweislast aus § 363 BGB. eintreten muß. Aber auch wenn der Käufer die gelieferte Sache zur Disposition stellt und dies dem Verkäufer mitteilt und der Kaufpreis andererseits noch nicht fällig ist, so ist der Verkäufer gegen etwaige Rückforderungen des Käufers geschützt, auch wenn die Abnahme inhaltlich nicht eine Annahme als Erfüllung bedeutet[6]). In diesem Fall würde der Käufer auf Leistung einer vertragsmäßigen Sache klagen oder unter den Voraussetzungen des § 326 BGB. seinen Rücktritt vom Vertrage erklären. Der mit dieser Erklärung nicht einverstandene Verkäufer könnte dann auf Feststellung des Bestehens des Rechtsverhältnisses mit dem Käufer klagen; das gemäß § 256 ZPO. erforderliche rechtliche Interesse des Verkäufers wäre darin zu erblicken, daß der Verkäufer wissen muß, ob er trotz des gemachten Einwandes des Käufers einen Anspruch auf den später fällig werdenden Kaufpreis hat.

Die Ansicht, daß Abnahme inhaltlich Annahme als Erfüllung bedeute, muß auch schon deshalb als bedenklich erscheinen, weil es Fälle gibt, in denen es dem Käufer nicht zugemutet werden kann, mit der Abnahme zugleich die Beweislast für die Nichterfüllung zu übernehmen, so z. B. dann nicht, wenn ihm eine Ware in einem Paket oder in einer verschlossenen Kiste übersandt wird.

---

[5]) In Ehrenberg a.a.O.
[6]) a. M. Oertmann in Ehrenberg a.a.O.

Hier kann der Käufer bei der Abnahme gar nicht wissen, ob es sich um den Gegenstand der Erfüllung handelt[7]).

Es besteht aber auch keine innere Berechtigung, die Begriffe Abnahme in § 640 BGB. und § 433 Abs. 2 BGB. zu identifizieren. Wenn man sich beim Werkvertrag zu der Auslegung, daß Abnahme Annahme in Erfüllung des Vertrages bedeute, herbeigelassen hat, so ist es offenbar geschehen, weil die Umstände, nämlich die Abnahme eines Werkes, das in der Vollführung einer reinen Tätigkeit besteht, zu einer solchen Auslegung zwangen. Mit der Uebernahme der Sache durch den Besteller sind die Interessen des Unternehmers nicht befriedigt; ihm kommt es darauf an, daß die Sache als Erfüllung angenommen wird, weil er in dieser Hinsicht viel eher Einwendungen zu erwarten hat, als der Verkäufer, der in der Mehrzahl der Fälle schon bei Vertragsabschluß in der Lage gewesen sein wird, die Ware zu prüfen[8]).

Daß der Begriff Abnahme in § 433 Abs. 2 BGB. nicht den gleichen Inhalt hat wie in § 640 BGB., dürfte nach dem Gesagten hinreichend dargetan sein. Hieraus ergibt sich auch, daß die Auffassung Romeicks[9]), nach der die Verpflichtung zur Abnahme der Kaufsache nichts anderes als die Pflicht zu deren Billigung sei, abzulehen ist, denn sie verlangt ja noch mehr vom Käufer als die Vertreter der Auffassung, daß die Begriffe Abnahme in § 640 BGB. und § 433 Abs. 2 BGB. identisch seien.

Abzulehnen ist auch die Auffassung, daß die Abnahme beim Kauf identisch mit der Annahme sei. Wenn Laband[10]) Annahme und Abnahme als denselben Rechtsakt, als etwas in ihrem Wesen und in ihrer äußeren Erscheinung Gleiches hinstellt, so muß dem entgegengehalten werden, worauf das Reichsgericht[11]) hinweist, daß das Bürgerliche Gesetzbuch bei seinem sonst so strengen Sprachgebrauch sicher nicht zwei verschiedene Ausdrücke gewählt, wenn es die Begriffe Annahme und Abnahme identifizieren wollte.

Soweit es sich um die Abnahme beweglicher Sachen handelt, dürfte aus den Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch ganz unzweideutig hervorgehen, daß der Gesetzgeber der Abnahme einen anderen Inhalt als den Begriff Annahme geben wollte und gegeben hat. Die Motive zu dem Entwurf eines BGB.[12]) sind zwar insofern keine sichere Stütze für die Begriffsbestimmung der Abnahme, als sie auf Artikel 346 ADHGB., der von einer „Empfangnahme" der Ware spricht, verweisen und streitig ist, ob die Empfangnahme

---

[7]) ebenso Rosenberg S. 258.
[8]) vgl. Planck § 640 Anm. 1c.
[9]) a.a.O. S. 56—69.
[10]) Arch. Ziv. Pr. Bd. 74, S. 304.
[11]) in Holdheims Mon. Ztschr. Bd. 14 S. 80.
[12]) Bd. 2 S. 317/18.

der heutigen Abnahme entspricht[13]). Bessere Auskunft geben die Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs[14]). Dort wird die Abnahme als tatsächliche Wegnahme im Gegensatz zu dem juristischen Akt der Uebergabe definiert. Mit der Verpflichtung des Käufers, die gekaufte Sache abzunehmen, wollte man dem Verkäufer die Möglichkeit geben, sich der raumfüllenden verkauften Sache zu entledigen. Man wird daher mit der herrschenden Meinung unter Abnahme im § 433 Abs. 2 BGB., soweit es sich um bewegliche Sachen handelt, nur die Tätigkeit zu verstehen haben, durch die der Käufer den Verkäufer von der Last der Sache befreit, die Uebernahme der Sache von dem Verkäufer auf den Käufer durch diesen[15]).

Einen von dieser Auffassung abweichenden Standpunkt vertritt Jacobi[16]) und im Anschluß an ihn Kober in Staudingers[17]) Kommentar. Nach deren Meinung ist der Käufer nur verpflichtet, die Sache dem Verkäufer weg-, sie ihm vom Halse zu schaffen. Es genüge, wenn er Handlungen irgendwelcher Art vornimmt, welche geeignet sind, den Verkäufer von dem Besitz der Sache zu befreien. Zur Erläuterung seiner Ansicht gibt Jacobi in einem Falle dem Verkäufer das Recht, einen verkauften Löwen, auf den der Käufer verzichtet hat, töten zu lassen.

Dieser Standpunkt ist nicht zu billigen. Abnehmen heißt nach dem Sprachgebrauch, etwas von einer Hand in die andere nehmen. Zu einem solchen Uebergang der verkauften Sache besteht nach dem Wortlaut des Gesetzes für den Käufer eine Pflicht. Jeder Versuch einer anderen Auslegung des Begriffs Abnahme würde eine willkürliche Auslegung darstellen, die im Gesetz keine Stütze findet. Insoweit wird man allerdings Jacobi zustimmen müssen, daß die Abnahme nicht gerade von dem Käufer selbst vorgenommen zu werden braucht, denn die Abnahme ist eine vertretbare Handlung, kann also auch von einem Dritten vorgenommen werden[18]).

Eine weitere Frage ist, ob man auch von einer Abnahmepflicht sprechen kann, wenn eine unbewegliche Sache Gegenstand des Kaufs ist. Das Gesetz spricht zwar ganz allgemein von der Verpflichtung des Käufers, die gekaufte Sache abzunehmen, ohne irgendwie zum Ausdruck zu bringen, daß eine solche Verpflichtung nur auf die Abnahme beweglicher Sachen beschränkt sein solle. Daß die in

---

[13]) vgl. Lehmann a.a.O. S. 493; ROHG. Bd. 7 S. 356. RG. 30 S. 117.
[14]) Prot. Bd. 1 S. 53.
[15]) Crome S. 424; Planck Anm. 7b z. § 433; Hohenstein im Arch. S. 71; Rosenberg S. 256; Staub Exkurs v. § 376 Anm. 67; Lippmann i. DJZ. 04 S. 800. Endemann S. 791, Anm. 11 u. S. 795 Anm. 7.
[16]) a.a.O. S. 273.
[17]) § 433 Anm. IX, 2a.
[18]) Ebenso Oberloskamp, S. 18.

den Protokollen gemachten Erwägungen, die zur Anerkennung einer Verpflichtung auf Abnahme mit dem hier erörterten Inhalt geführt haben, nicht auch auf Grundstücke zutreffen, geht daraus hervor, daß man von einer körperlichen Wegnahme von Grundstücken nicht reden kann. Auch ist der Verkäufer durch das Preisgaberecht des § 303 BGB. insofern geschützt, als er sich hierdurch der durch den Besitz des Grundstückes für ihn bestehenden Lasten entziehen kann. Das Vorhandensein dieser Gesetzesbestimmung berechtigt aber nicht, unmittelbar eine Pflicht zur Abnahme bei Grundstücken zu verneinen[19]). Sollte die Abnahmepflicht in diesem Fall einen Sinn haben, so muß sie natürlich einen anderen Inhalt haben, als wenn eine bewegliche Sache den Gegenstand des Kaufs bildet, denn die körperliche Hinwegnahme einer unbeweglichen Sache ist, wie bereits gesagt, undenkbar.

Es ist nun die Auffassung vertreten worden, daß die Abnahmepflicht bei Immobilien in der Verpflichtung zur Entgegennahme der Auflassung bestehe[20]). Die Vertreter dieser Ansicht gehen zur Begründung ihrer Auffassung davon aus, daß das Prinzip, das zur Statuierung einer Abnahmepflicht bei Mobilien geführt hat, auch bei Grundstücken zur Geltung kommen müsse, da das Gesetz ganz allgemein von einer Abnahmepflicht bei Grundstücken spricht[21]).

Geht man von dem für bewegliche Sachen geltenden Inhalt der Abnahmepflicht und den Gründen, die zu ihrer gesetzlichen Anerkennung geführt haben, aus, so erkennt man, daß hiermit ein bestimmtes Prinzip berücksichtigt worden ist. Dieses Prinzip geht dahin, daß der Verkäufer in seinen Interessen nicht dadurch beeinträchtigt werden soll, daß er zu dem verkauften Gegenstand in Beziehungen verbleibt, deren Lösung er auf Grund des Kaufvertrages erwarten durfte. Beim Verkauf von Immobilien erschöpft sich das Interesse des Verkäufers nicht in dem Preisgaberecht des § 303 BGB., denn hierdurch wird der Verkäufer nur berechtigt, den Besitz an der verkauften Sache aufzugeben. Für den Verkäufer wird es meist von besonderer Wichtigkeit sein, daß er von den auf dem Grundstück ruhenden privaten und öffentlichen Lasten befreit wird. Von dieser Haftung wird der Verkäufer durch das Recht aus § 303 BGB. nicht befreit. Auch die Vorschrift des § 446 BGB. trägt dem genannten Interesse des Verkäufers nicht Rechnung. Danach wird zwar der Käufer von dem Zeitpunkt an, in dem die Gefahr auf ihn übergeht, also bei Grundstücken, wenn nicht die Eintragung im Grundbuch vorhergeht, von der Uebergabe

[19]) So Hohenstein im Arch. S. 72, Steffens S. 6, Weisstein S. 15.
[20]) Planck § 433 Anm. 7b Gerhard S. 54, RG. 53 S. 70, 69 S. 103; RG. i. Recht 1916 Nr. 1277.
[21]) Gerhard S. 54.

an verpflichtet, die Lasten zu tragen; aber diese Vorschrift gilt nur im Verhältnis zwischen den Vertragsparteien, während sie sich nicht auf das Verhältnis zu Dritten bezieht[22]). Dritten gegenüber ist der Verkäufer tatsächlich durch keine gesetzliche Vorschrift genügend in seinen Interessen geschützt, denn auch eine Aufgabe des Eigentums durch Verzichterklärung gegenüber dem Grundbuchamt gemäß § 928 BGB. ist nicht möglich, ohne daß der Verkäufer sich Schadensersatzansprüchen gegenüber dem Käufer aussetzt.

Diesen Erwägungen über die schutzwürdigen Interessen des Verkäufers eines Grundstückes wird man sich zwar grundsätzlich nicht entziehen dürfen, sie dürfen aber nicht dazu führen, daß man beim Verkauf eines Grundstücks den Inhalt der Abnahmepflicht dahin ausdehnt, daß hierunter die Entgegennahme der Auflassung zu verstehen ist[23]). Die Vertreter der entgegengesetzten Meinung[24]) haben offensichtlich nicht die Tragweite ihrer Definition beachtet.

Die Verpflichtung zur Abnahme in § 433 Abs. 2 BGB. ist nämlich, wie später gezeigt werden wird, eine Pflicht, auf deren Erfüllung geklagt werden kann, und zwar ohne daß ein besonderes Interesse des Verkäufers an der Abnahme nachgewiesen zu werden braucht. Würde man nun eine Abnahmepflicht in dem Sinn, daß hierunter die Verpflichtung zur Auflassung verstanden wird, anerkennen, so könnte der Verkäufer nach dem Gesagten in jedem Falle auf Vornahme der Eigentumsübertragung klagen. Das wollen aber die Vertreter der hier bekämpften Auffassung offenbar selbst nicht, denn die von ihnen angeführten Beispiele[25]) treffen ja gerade solche Fälle, in denen der Verkäufer ein ganz besonderes Interesse an der Entgegennahme der Auflassung hat. Andererseits ist auch von niemanden die Auffassung vertreten worden, daß bei der Klage auf Abnahme verschiedene Voraussetzungen bestehen, je nachdem es sich um eine bewegliche oder unbewegliche Sache handelt. Der Grund, warum man unter Abnahmepflicht beim Grundstückskauf die Pflicht zur Entgegennahme der Auflassung verstanden haben will, liegt, wie die Beispiele zeigen, darin, daß dem Verkäufer beim Verzuge des Käufers mit der Entgegennahme der Auflassung die Möglichkeit gegeben werden muß, die Rechte aus § 326 BGB. geltend zu machen, d. h. insbeondere vom Vertrage loszukommen, wenn er an der Entgegennahme der Auflassung ein besonderes Interesse hat. Dem kann man aber besser

[22]) vgl. Planck Anm. 3 z. § 446.
[23]) Auch Bechmann Bd. 3, S. 160 hält eine derartige Auslegung für bedenklich.
[24]) Vgl. Anm. 20
[25]) vgl. auch KG. in JW. 1927 S. 1026.

gerecht werden, wenn die Entgegennahme der Auflassung nicht als Abnahmepflicht, sondern als eine selbständige Pflicht neben jener angesehen wird. Zwar ist die Auflassung des verkauften Grundstückes eine Leistung des Verkäufers, zu deren Annahme der Käufer berechtigt, aber nicht verpflichtet ist. Hat aber der Verkäufer ein besonderes Interesse an der Entgegennahme der Auflassung, sei es, daß der Käufer ein Restkaufgeld der Hypothek für den Verkäufer einzutragen verpflichtet ist, sei es, daß durch das Mißverhältnis zwischen Grundstückseinnahmen und Grundstücksausgaben der Verkäufer sich gerade durch den Verkauf von den Lasten befreien wollte, so wird sich aus einem derartigen Interesse folgern lassen, daß es dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Parteiwillen entspricht, daß der Käufer dem Verkäufer gegenüber zur Entgegennahme der Auflassung verpflichtet ist[26]). Daß in diesen Fällen der Verkäufer nicht nur zu einer Klage auf Entgegennahme der Auflassung, sondern auch zur Geltendmachung der Rechte aus § 326 berechtigt ist, wird von niemandem bestritten.

Da nach dem Gesetz Gegenstand des Kaufs nicht nur Sachen, sondern auch Rechte sein können, entsteht schließlich noch die Frage, ob man auch von einer Abnahmepflicht von Rechten sprechen kann. Dies wird von Gerhard[27]) für die Mehrzahl der Fälle bejaht, nach anderer Ansicht ist es eine Auslegungsfrage[28]). Nach einer weiteren Ansicht sollen die Umstände[29]) oder der Wille der Parteien[30]) entscheiden. M. E. geht aus dem Gesetz eine derartige Verpflichtung nicht hervor. Einmal sagt der § 433 Abs. 2 nur, daß der Käufer verpflichtet ist, die gekaufte Sache, nicht auch das gekaufte Recht abzunehmen.

Soweit es sich um Rechte handelt, könnte eine Abnahmepflicht nur in der Verpflichtung zur Uebernahme des Rechts durch Mitwirkung bei der Rechtsübertragung gesehen werden. Damit würde aber der Abnahme der gleiche Inhalt beigelegt werden, wie bei Grundstücken, sofern darunter die Pflicht zur Entgegennahme der Auflassung verstanden wird. Die zur Bekämpfung jener Auffassung gemachten Erwägungen treffen aber auch hier zu. Gerade weil die Abnahmepflicht, wie später gezeigt wird, eine selbständig klagbare, von dem Nachweis eines besonderen Interesses nicht abhängige Pflicht ist, und andererseits nur in besonderen Fällen ein schutzwürdiges Interesse des Verkäufers dafür

[26]) Im Ergebnis übereinstimmend Staudinger § 433 Anm. IX, 2a. Crome § 163 Ziff. 1 OLG. 7 S. 282.
[27]) Gerhard, S. 58.
[28]) Planck § 433 Anm. 7b.
[29]) Crome Bd. 2 § 215, 4.
[30]) Dernburg II 2 § 761 I.

vorliegt, daß die Berechtigung des Käufers zur Uebernahme des Rechts zu einer Pflicht wird, muß man sagen, daß für diese Fälle die Pflicht zur Uebernahme des Rechts als eine besondere auf dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Willen der Partei beruhende, nicht vom Gesetz geregelte Pflicht anzusehen ist.

Handelt es sich um den Kauf von Rechten, die zum Besitz einer Sache berechtigen, so wird man zwar eine Verpflichtung zur Hinwegnahme der Sache anerkennen müssen, aber nicht weil ein Recht Gegenstand des Kaufs ist, sondern weil es sich eben um eine Sache als raumfüllendes Objekt handelt. Das Gesagte kann allerdings nur für Rechte, die zum Besitze einer beweglichen Sache berechtigen, gelten, denn eine Hinwegnahme ist, wie bereits gesagt, nur bei solchen Sachen möglich[31]).

Mit dieser Erkenntnis ist für die Beurteilung der Frage der sich aus dem Abnahmeverzug ergebenden Rechte der Rahmen der Arbeit gezogen. Denn da in § 433 Abs. 2 BGB. begrifflich nur von einer Abnahmepflicht bei beweglichen Sachen gesprochen werden kann, ist auch nur die Bedeutung der Abnahmepflicht beim Kaufe einer beweglichen Sache zu untersuchen.

§ 2.

Die Abnahmepflicht als klagbare Leistung.

Nach den bisherigen Erörterungen ist zwar das Wesen und der Umfang der Abnahme festgestellt worden. die Frage des rechtlichen Inhalts der durch das Gesetz geschaffenen Verpflichtung zur Abnahme ist dagegen bisher nicht beantwortet worden. Von Bedeutung ist hier vor allem die Feststellung, was das Gesetz unter dem Worte „verpflichtet" verstanden wissen will, denn nur wenn in dieser „Verpflichtung zur Abnahme" eine dem Käufer obliegende schuldnerische Leistung zu erblicken ist, kann die Anwendbarkeit des § 326 BGB. überhaupt in Betracht kommen. Denn diese Bestimmung setzt den Verzug mit der dem Schuldner obliegenden Leistung bei einem gegenseitigen Vertrage, also auch beim Kaufvertrage, voraus.

---

[31]) Auch wollen Kipp-Windscheid Bd. 2 S. 658 und im Anschluß an ihn Gerhard S. 58 bei dem einzigen Recht, das zum Besitz einer unbeweglichen Sache berechtigt, dem Nießbrauch eine Abnahmepflicht nicht anerkennen, da der Nießbraucher einseitig auf sein Recht verzichten kann.

Das Gesetz spricht zwar von einer Verpflichtung zur Abnahme. Damit ist aber nicht klar zu erkennen gegeben[1]), daß die Abnahme eine wirkliche Schuldnerpflicht ist, deren Erfüllung nötigenfalls zwangsweise durchgesetzt werden kann, denn der Begriff der Pflicht wird im Privatrecht nicht nur in dem Sinne einer mit Hilfe von Zwangsmitteln durchsetzbaren Verpflichtung gebraucht, sondern es gibt auch andere Pflichten, wie z. B. die Pflicht des Erben innerhalb der ihm gesetzten Frist das Inventar ordnungsmäßig zu entrichten (§§ 1993, 1994 BGB.), die Pflicht des Bürgen zur Anzeige gemäß § 777 BGB., die Pflicht des Schuldners, den Beschädigten auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen (§ 254 Abs. 2 BGB.). Diese Verpflichtungen begründen keine Rechtspflicht zum Handeln, sondern lassen nur für denjenigen, der sie zu tun unterläßt, Nachteile entstehen. Die Bestimmung des § 433 Abs. 2 BGB. stellt aber nicht eine solche sogenannte indirekte oder uneigentliche Pflicht[2]) dar, denn rechtliche Nachteile würden dem Käufer auch ohne die Anerkennung der Abnahmepflicht im Gesetz schon durch die Bestimmungen des Gläubigerverzuges entstehen. Denn diese kann er nur vermeiden, wenn er abnimmt, da die Annahme eine Abnahme in sich begreift[3]). Die Bestimmung einer Verpflichtung zur Abnahme im Gesetz wäre danach überflüssig gewesen. Mit ihrer Einführung sollte aber auch eine besondere Bedeutung verbunden sein, wie aus den Vorarbeiten zum BGB. hervorgeht[4]). Nach den Motiven wurde die Aufstellung eines klagbaren Anspruchs des Verkäufers auf Abnahme mit der Begründung verlangt, daß eine solche Verpflichtung beim Kauf der mutmaßlichen Absicht der Parteien und dem Verkehrsbedürfnis entspreche. Dieser Gedanke ergibt sich aber auch aus dem Empfinden der heutigen Rechtsordnung. Ebenso wie es nach unserer Auffassung nicht mehr wie im römischen Recht genügt, daß der Verkäufer dem Käufer das bloße Haben und Genießen der Sache (das rem habere uti frui licere) gewährleistet, sondern der Käufer durch Verschaffung des Eigentums an dem Gegenstand sicherer gestellt sein muß, ist auch der Verkäufer besser zu stellen und dem Käufer sind größere Verpflichtungen aufzuerlegen als früher. Er muß einen klagbaren Anspruch nicht nur auf Zahlung des Kaufpreises, sondern auch auf Abnahme der gekauften Sache haben.

Durch die Bestimmung des § 433 Abs. 2 BGB. ist die Abnahmepflicht als ganz selbständige Pflicht neben die Zahlungs-

---

[1]) dies behaupten Weisstein S. 18; Hohenstein, Gruch. S. 712.
[2]) Laband, Arch. Ziv. Pr. 74, S. 305.
[3]) ebenso Steffens S. 41.
[4]) Motive S. 318 Prot. Bd. 2 S. 52/3.

pflicht gesetzt worden. Da unstreitig die Zahlungspflicht des Käufers eine selbständig klagbare und vollstreckbare Pflicht ist, wird man dasselbe auch von der Abnahmepflicht annehmen müssen. Welche Bedeutung die Abnahmepflicht gegenüber der Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises hat, kann zunächst unerörtert bleiben. Ist die Abnahmepflicht beim Kauf aber eine selbständige klagbare und vollstreckbare Pflicht, also eine Rechtspflicht, so folgt daraus, daß der Käufer hinsichtlich der Abnahme Schuldner, der Verkäufer Gläubiger der Abnahmepflicht ist. Die Abnahme hat damit den Charakter einer schuldnerischen Leistung.

Diese Bedeutung ist der Bestimmung des § 433 Abs. 2 BGB. jedoch nicht allgemein zuerkannt worden. Besonders Kohler[5]) leugnet den Charakter einer Abnahmepflicht als einer selbständigen Schuldnerverpflichtung und leugnet folgerichtig das Bestehen einer Leistungsklage auf Abnahme. Nach seiner Meinung widerspricht es dem Wesen des Schuldverhältnisses, den Käufer zur Abnahme zwingen zu wollen. Der Gläubiger sei nicht verpflichtet, die Leistung anzunehmen, die Annahme sei ein Recht und nur ein solches, keine Pflicht. Die Bedeutung des § 433 Abs. 2 BGB. erschöpfe sich darin, daß hier das Gericht den Verkäufer auf seine Feststellungsklage für frei erklären könne, wenn der Käufer nicht abnehme.

Es ist mit Kohler darin übereinzustimmen, daß der Gläubiger einer Leistung nicht zu deren Annahme gezwungen werden kann, denn die Bestimmung des § 241 BGB. sagt ausdrücklich, daß der Gläubiger kraft des Schuldverhältnisses b e r e c h t i g t ist, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Bei diesem Prinzip darf man aber nicht stehen bleiben, wie Kohler es tut. Es wird nicht bestritten werden können, und Kohler selbst gibt diese Möglichkeit zu[6]), daß Fälle denkbar sind, in denen sich der eine Vertragsteil gegenüber dem anderen verpflichtet, ein ihm zustehendes Recht auch auszuüben. Was vertraglich möglich ist, muß aber auch gesetzlich bestimmt werden können. Der Gesetzgeber hat in § 433 Abs. 2 BGB. von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht und es liegt auch ganz im Wesen des Kaufvertrags, dem Verkäufer in dieser Hinsicht eine Gläubigerstellung zu gewähren, denn es darf nicht vergessen werden, daß der Verkäufer mit dem Besitz der verkauften Sache ungleich schwerer belastet ist, als wenn er Besitzer einer unverkauften Sache wäre, mit der er nach Belieben verfahren könnte, ohne Gefahr zu laufen, von jemand dafür verantwortlich gemacht werden zu können. Da das Gesetz dem

[5]) in Iherings Jahrb. Bd. 17, S. 267; Arch. Bürg. R. Bd. 13, S. 181.
[6]) Arch. Bürg. R. 13, S. 181.

Käufer eine Pflicht zur Abnahme auferlegt hat, besteht für ihn eine richtige Schuldnerpflicht, zu deren Erfüllung er durch eine Leistungsklage angehalten werden kann. Die Folgerung Kohlers, daß aus § 433 Abs. 2 BGB. bezüglich der Abnahme nur eine Feststellungsklage möglich sei, entfällt daher.

Aus dem Gedanken, daß der Gesetzgeber entgegen der Regel, daß der Gläubiger einer Leistung, zu deren Abnahme er nicht verpflichtet ist, dem Käufer allgemein die Verpflichtung zur Abnahme der gekauften Sache auferlegt hat, kann nicht gefolgert werden, daß in derartigen Fällen Recht und Pflicht konfundieren[7]), daß das Forderungsrecht aufgehoben, objektiv zerstört wird. Voraussetzung der Konfusion ist einmal, daß die Leistungen, die jemand als Schuldner auszuführen und als Gläubiger zu beanspruchen hat, vollständig identisch sind. Nach dem hier vertretenen Standpunkt ist dieses aber nicht der Fall, da die Abnahme einen tatsächlichen, die Annahme einen tatsächlichen und rechtlichen Inhalt hat. Eine Identität des Inhalts von Recht und Pflicht liegt nicht vor. Aber selbst wenn man die einzelnen Vorgänge der Annahme- und Abnahme-Handlung als objektiv gleich ansieht, ist der Gedanke einer Konfusion im vorliegenden Fall als unrichtig zurückzuweisen, denn das Wesen der Konfusion besteht darin, daß dieselbe Person einerseits als Gläubiger die gedachte Leistung von sich selbst als Schuldner zu fordern berechtigt ist, andererseits als Schuldner diese Leistung an sich als Gläubiger zu bewirken verpflichtet ist. Weil Schuldnerpflicht und Gläubigerrecht sich in einer Person vereinigen, erlischt das Schuldverhältnis. Dieser Fall liegt aber gar nicht vor, denn der Käufer schuldet die Abnahme nicht sich selbst, sondern dem Verkäufer. Von einer Konfusion kann daher nicht gesprochen werden.

Mit einer anderen Begründung hat sich Romeick[8]) gegen den hier vertretenen Standpunkt gewandt. Romeick will zwar nicht schlechthin eine Klage auf Abnahme ausschließen, nach seiner Meinung kann diese Klage aber nur die gerichtliche Feststellung, daß das Angebot völlig in Ordnung sei, zum Gegenstand haben. Sicher sei nicht schon alles, wozu ein Teil kraft eines Schuldverhältnisses verpflichtet sei, eine Leistung im Sinne des Gesetzes. Auch die im § 433 Abs. 2 BGB. anerkannte Abnahmepflicht stelle keine Schuldnerleistung dar, da sie nur eine die Annahme betätigende Ausführungshandlung des Käufers sei. Aus diesem Grunde hält Romeick die Abnahmepflicht für eine uneigentliche Pflicht in dem bereits dargelegten Sinn. Zum Beweise seiner Be-

[7]) Vgl. Hohenstein Arch. Büng. R. 25 S. 70.
[8]) a.a.O. S. 69.

hauptungen stützt er sich auf die Bestimmung des § 294 BGB., wonach eine Leistung so, wie sie zu bewirken ist, dem Gläubiger tatsächlich angeboten werden muß. Romeick fragt nun, ob das Angebot, weil der Schuldner zu einem solchen verpflichtet ist, für sich bereits eine Leistung ist. Dies ist mit Romeick zu verneinen. Nur darf man es nicht aus dem Grunde tun, daß hier eine Verpflichtung vorliegt, die nicht zur Leistung gestempelt werden darf[9]), sondern weil hier keine Verpflichtung im eigentlichen Sinne des Wortes vorhanden ist. Die klagbare Pflicht besteht nicht in dem Angebot, sondern im Leisten. Wenn Romeick einen Unterschied der beiden Fälle dahingehend nicht anerkennen will, daß die Abnahme in dem hier entwickelten Sinn als durchaus selbständige Leistung der Annahme gegenübersteht, während das Angebot nur eine die Leistung bezweckende Ausführungshandlung ist, so übersieht er, daß es Fälle gibt, in denen der Verkäufer an der Abnahme, d. h. der tatsächlichen Wegnahme der Ware durch den Käufer allein Interesse hat.

Dafür, daß die Abnahme eine selbständige Leistung ist, spricht auch die Vorschrift des § 448 BGB., der bestimmt, daß der Käufer die Kosten der Abnahme zu tragen habe. Diese Vorschrift enthält die Anwendung des allgemeinen Prinzips, daß derjenige, der zu einer Leistung verpflichtet ist, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, dasjenige aufzuwenden hat, was erforderlich ist, um die Leistung zu bewirken[10]).

Ebenso wie Romeick erkennt auch Lippmann[11]) eine Klage auf Abnahme an, behauptet aber ebenfalls, daß die Abnahme keine Leistung sei. Richtig ist es, wenn Lippmann zur Begründung seiner Ansicht sagt, daß nur diejenige Tätigkeit des Schuldners eine Leistung sein könne, durch welche er seine Schuldnerpflicht erfüllt und damit das Schuldverhältnis zur Erledigung bringt, wobei auch Lippmann es offenbar für ausreichend hält, wenn die Gesamtverpflichtung des Schuldners wenigstens zum Teil erfüllt wird. Unrichtig ist es aber, wenn Lippmann in der Abnahme überhaupt keine Tätigkeit des Käufers, durch die er seine Verbindlichkeit auch nur zum Teil erfüllt, sieht, sondern glaubt, daß der Käufer l e d i g l i c h durch Realisierung seiner Zahlungsverbindlichkeit das Schuldverhältnis zum Erlöschen bringt. Vielmehr erfüllt der Käufer durch die Abnahme der Kaufsache ein durch das Gesetz begründetes Schuldverhältnis, das auf Seiten des Käufers die körperliche Hinwegnahme der verkauften Sache zum Gegenstand hat. Wenn das Gesetz daher im § 433 Abs. 2 BGB. bestimmt,

[9]) Romeick a.a.O.
[10]) Vgl. Motive bei Mugdan Bd. 2 S. 182.
[11]) a.a.O. S. 801.

daß der Käufer verpflichtet ist, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen, und die gekaufte Sache abzunehmen, dann liegt auf Seiten des Käufers eine aus zwei heterogenen Leistungsteilen zusammengesetzte Gesamtverbindlichkeit vor, deren beide Teile erfüllt werden müssen, damit der Käufer das Schuldverhältnis, soweit er als Schuldner erscheint, zum Erlöschen bringen kann.

Eine besondere Stellung zu der hier erörterten Frage nimmt Jacobi[12]) ein. Er macht die Verpflichtung zur Abnahme und folglich auch die Geltendmachung irgendwelcher Rechte aus der Verletzung der Abnahmepflicht von dem Nachweis eines besonderen rechtlichen Interesses des Verkäufers an der Abnahme abhängig, ohne jedoch zu sagen, wer für einen solchen Nachweis beweispflichtig ist. Durch diese Einschränkung gibt Jacobi der gesetzlichen Abnahmepflicht eine durchaus unselbständige Natur, denn sie muß dann in Wegfall kommen, wenn der Verkäufer seinerseits kein Interesse daran hat, von der den Gegenstand des Kaufs bildenden Ware befreit zu werden.

Jacobi hat mit dieser Ansicht in das Gesetz einen Gedanken hineingetragen, der diesem fremd ist und auch nicht beabsichtigt war. Einmal spricht der klare Wortlaut des § 433 Abs. 2 BGB. gegen die Auffassung Jacobis. Insbesondere sind es aber die Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch, aus denen hervorgeht, daß die Durchführung der Klage auf Abnahme nicht von dem Nachweis eines besonderen Interesses abhängig ist. Von einem Mitgliede der Kommission zum Entwurf eines BGB.'s war im Anschluß an eine gutachtliche Aeußerung Laband's[13]) beantragt worden, in den § 459 Abs. 2 des Entwurfs, der dem § 433 Abs. 2 des BGB. entspricht, die Worte „und die verkaufte Sache abzunehmen". zu streichen[14]). In der Begründung kommt der Antragsteller zu dem Schluß, daß eine Streichung der genannten Worte sich in dem Sinne empfehle, daß es sich nicht um eine Besonderheit für den Kauf handele, sondern daß eine eigentliche Abnahmepflicht sich ebenso bei anderen Verträgen ergeben könne, und daß sie, wo sie anzuerkennen sei, ihren Grund in dem im Einzelfalle festzustellenden Interesse des Berechtigten habe.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß der Gedankengang Jacobis und der des erwähnten Antragstellers bei der Beratung des Entwurf eines BGB.'s sich inhaltlich decken. Daraus, daß der im Anschluß an die Erwägungen Labands gestellte Antrag von der Kommission abgelehnt worden ist, geht hervor, daß man mit einer

---

[12]) Ihr. J. S. 269 ff. Bd. 45.
[13]) Vgl. Laband a.a.O. S. 304.
[14]) Vgl. Prot. Bd. 2 S. 50/52.

ausdrücklichen gesetzlichen Anerkennung der Abnahmepflicht einen Anspruch auf Abnahme nicht von dem Nachweis eines besonderen Interesses abhängig machen wollte. Aus den Gründen für die Ablehnung des Antrags geht hervor, daß man die in früheren Rechten bestehende Rechtsunsicherheit[15]), hervorgerufen durch die Beschränkung einer erfolgreichen Klage, in denen ein besonderes Interesse des Verkäufers an der Abnahme nachgewiesen werden konnte, ausschalten wollte.

Schließlich wird in den meisten Fällen irgendein schutzwürdiges Interesse des Verkäufers an der Abnahme vorhanden sein. Beruht aber die Geltendmachung des Abnahmeanspruchs des Verkäufers gegen den Käufer auf einer bloßen Laune, liegt ein Interesse nicht vor, so könnte der Käufer den Schikaneeinwand aus § 226 BGB. entgegensetzen[16]).

Zu einem befriedigenden Ergebnis gelangt man daher auch ohne daß ein besonderes Interesse an der Abnahme nachgewiesen werden muß.

§ 3.

Die Abnahmepflicht im Rahmen des Kaufvertrages, eine nicht begriffswesentliche Leistungspflicht.

Das Ergebnis der bisherigen Erörterungen hat gezeigt, daß die Abnahme eine Schuldnerpflicht, eine Leistung ist, auf deren Erfüllung selbständig geklagt werden kann. Sie ist also insofern der Zahlungspflicht des Käufers gleichgestellt. Streitig ist jedoch, ob die Abnahmepflicht auch zu den für die Natur eines Kaufvertrages wesentlichen Eigenschaften gehört, so daß bei vertraglichem Ausschluß der Abnahmepflicht dem Vertrage die Natur eines Kaufvertrages entzogen sein würde. Da der Versuch unternommen worden ist, von der rechtlichen Natur eines Leistungsteils einer Vertragspartei auf die Anwendbarkeit des § 326 BGB. bei einem Verzug mit einem Leistungsteil zu schließen[1]), soll zunächst die Frage geklärt werden, ob die Abnahmepflicht zu den für die Natur des Kaufvertrages wesentlichen Bestandteilen gehört.

[15]) Vgl. Prot. Bd. 2 S. 53; RG. 5 S. 392 ROCH. 7, S. 357.
[16]) ebenso Rosenberg S. 251, Oberloskamp S. 18, Steffens S. 51.
[1]) so von Düringer-Hachenburg Bd. 5 1 S. 141.

In der Theorie ist es üblich, die einzelnen Teile eines Rechtsgeschäfts in sogenannte essentialia, naturalia und accidentalia negotii zu zerlegen[2]). Dabei sind essentialia negotii diejenigen Bestandteile, die es zu einem Geschäft bestimmter Art machen, die ihm seinen Typ aufdrücken; naturalia negotii sind diejenigen Bestimmungen, die für die Natur eines Vertrages zwar unwesentlich, aber durch dispositiven Rechtssatz mitgeordnet sind und durch entgegengesetzte Parteivereinbarungen ausgeschlossen werden können, ohne die Natur des Vertrages zu ändern. Accidentalia negotii sind im Gesetz nicht zum Ausdruck gekommene, von den Parteien besonders getroffene Abreden.

Das Gesetz hat die Leistungen der Parteien beim Kaufvertrage im § 433 BGB. zum Ausdruck gebracht. Daß die Fassung des Gesetzes insofern zu weit ist, als sie in der Verpflichtung zur Abnahme eine nicht zum Vertragstyp gehörende Leistung aufgestellt hat, wird mit Ausnahme von Düringer-Hachenburg[3]) und im Anschluß an diese von Wuggaetzer[4]) allgemein in der Literatur und auch in der Rechtsprechung anerkannt[5]). Die Gegner der herrschenden Lehre stützen ihre Ansicht einmal darauf, daß das BGB. im § 433 diejenigen Verpflichtungen hervorheben wollte, die es als für die Existenz eines Kaufvertrages wesentlich ansieht.

Eine gewisse Stütze findet diese Ansicht in dem Wortlaut des Gesetzes. Die Abnahmepflicht ist im Abs. 2 des § 433 BGB. neben die Zahlungspflicht gesetzt worden. Unbestritten ist, daß die Kaufpreiszahlungspflicht für den Kaufvertrag eine essentiale negotii ist. Durch das koordinierende, engverknüpfende „und" scheint der Zahlungspflicht eine zweite gleichartige Pflicht zur Seite gestellt zu sein. Dies um so mehr, als das Gesetz im übrigen in keiner Weise erkennbar gemacht hat, daß die Abnahmepflicht naturale negotii sein soll. Ein weiterer Gesichtspunkt für die scheinbare Richtigkeit der von Düringer-Hachenburg und Wuggaetzer vertretenen Auffassung ergibt die vergleichsweise Heranziehung der Bestimmung des § 433 Abs. 1 Satz 1. Nach dieser wird der Verkäufer verpflichtet, das, was den Gegenstand des Vertrages darstellt, zu übergeben und das Eigentum daran dem Käufer zu verschaffen. Es ist unbestritten, daß sowohl die Pflicht zur Besitzverschaffung, wie die Pflicht zur Eigentumsverschaffung zu den charakteristischen Leistungspflichten des Verkäufers gehören.

---

[2]) Vgl. Crome Bd. 1 § 77 I, Windscheid § 85 I, Dernburg Bd. 1 § 109, Endemann § 63 Anm. 8.
[3]) Düringer-Hachenburg a.a.O. S. 141.
[4]) a.a.O. S. 61.
[5]) Oertmann I z. § 433 Anm. 3b; Staudinger § 433 IX 2d; Planck § 433 7b; Paech S. 151, RG. 57, S. 110.

Gegen den Wortlaut des § 433 BGB. läßt sich vorbringen, daß nur von einem Sach- und Rechtskauf gesprochen wird. Es ist aber nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber den Wortlaut derart habe einengen wollen, daß Verträge über Gegenstände, die weder als Sache noch als Recht gelten, nicht darunter fallen sollen.

Düringer-Hachenburg[6]) stützen sich ferner auf die Motive zum BGB.[7]). Dort heißt es aber ausdrücklich: „Schwiege das Gesetz, so würde die Abnahmepflicht als naturale negotii verneint erscheinen, was positiv ausgedrückt bedeutet, daß das Gesetz, weil es die Abnahmepflicht aufnimmt, diese ausdrücklich als naturale negotii anerkennt."

Es kann auch nicht als richtig anerkannt werden, daß sich das Bürgerliche Gesetzbuch bezüglich des Charakters der Abnahmepflicht bewußt in einen Gegensatz zu der bisher herrschenden Theorie und Praxis gestellt habe[8]). Auch für die früheren Rechte wurde vielfach die Meinung vertreten, daß eine Abnahmepflicht anzuerkennen sei[9]).

Als Hauptgesichtspunkt führen Düringer-Hachenburg an, daß im Falle einer Ausschließung der Abnahmepflicht dem wirtschaftlichen Zwecke des Kaufs nicht Genüge geleistet werde. Der wirtschaftliche Zweck besteht in dem Umsatz von Ware gegen Geld. Düringer-Hachenburg nehmen nun an, daß ein Umsatz von Ware gegen Geld nicht stattfindet, wenn der Käufer überhaupt nicht zur Abnahme verpflichtet ist, weder zur Zeit der sonstigen Vertragserfüllung noch zu einem späteren Zeitpunkt. Mit dieser Schlußfolgerung haben Düringer-Hachenburg den Gedanken des Umsatzes von Ware gegen Geld, so wie er vom Gesetzgeber gedacht ist, verkannt. Der Umsatz wird dadurch gewährleistet, daß der Käufer das Recht hat, die Kaufsache, der Verkäufer das Recht hat, den Kaufpreis zu verlangen. Der Berechtigung des Käufers entspricht die Verpflichtung des Verkäufers, die Ware zu übergeben, wie umgekehrt der Berechtigung des Verkäufers die Verpflichtung des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises entspricht. Diese Verpflichtungen können, wenn dem Vertrag die Natur eines Kaufvertrages nicht entzogen werden soll, durch Parteiverabredung nicht ausgeschlossen werden. Es ist aber nicht erforderlich, daß der Käufer durch die Abnahmepflicht verpflichtet wird, von seinem Recht auf Uebergabe Gebrauch zu machen, da auch für den Verkäufer eine Pflicht, den Kaufpreis einzuziehen, nicht besteht. Eine Abmachung der Vertragsparteien, daß der Käufer nicht ab-

[6]) a.a.O. S. 141.
[7]) Bd. 2 S. 317 ff.
[8]) so Düringer-Hachenburg a.a.O.
[9]) vgl. Weisstein S. 10.

zunehmen brauche, ist also wohl möglich, ohne daß hierdurch das nicht ausschließbare Recht des Käufers auf Uebergabe berührt wird. Auch ohne eine Abnahmepflicht ist der Umsatz von Ware gegen Geld und damit die Natur eines Kaufvertrages gewahrt. Die Abnahmepflicht ist also ein naturale negotii.

Dieser Auffassung hat sich auch das Reichsgericht angeschlossen, indem es unter Berufung auf die Motive ausführt[10]), es sei schlechthin unerfindlich, aus welchem Grunde der Gesetzgeber zu einer derartigen Ueberspannung des Erfordernisses der Abnahmepflicht gelangt sein sollte, daß einem Vertrage die Eigenschaft als Kaufvertrag entzogen sein sollte, wenn er z. B. das Geding enthalte, dem Verkäufer stehe bei Verweigerung der Abnahme — unbeschadet seines Rechts auf Zahlung des Kaufpreises mit den damit verknüpften weiteren Rechten — nur die Befugnis zum Selbsthilfeverkauf aus § 383 f. BGB., § 373 HGB. zu.

§ 4.

Das Recht aus § 326 BGB insbesondere aus § 326 Abs. 1, Satz 3 BGB.

Soweit die Abnahmepflicht als eine selbständige schuldnerische Leistung, auf deren Erfüllung geklagt werden kann, anerkannt wird, ist auch — gleichgültig, ob sie als essentiale oder naturale negotii angesehen wird — anerkannt[1]), daß im Falle des Verzuges mit der Abnahme dem Verkäufer die Rechte aus § 286 BGB. zustehen. Streitig ist dagegen die für die vorliegende Abhandlung entscheidende Frage, ob sie auch eine derartige Leistung ist, daß im Falle ihrer Nichterfüllung die Rechte aus § 326 BGB., insbesondere aus § 326 Abs. 1 Satz 3 geltend gemacht werden können.

Der § 326 BGB. gibt jeder Partei eines gegenseitigen Vertrages im Falle des Verzuges mit der ihm obliegenden Leistung außer dem vertraglichen Erfüllungsanspruch zwei Rechte zur Wahl: das auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und das des Rücktritts. Der Satz 3 des § 326 Abs. 1 BGB. enthält eine besondere Vorschrift über die Folgen einer nur teilweisen Erfüllung

[10]) RG. 57 S. 111.

[1]) Einen abweichenden Standpunkt nimmt lediglich Zander a.a.O. S. 328 ein, der sich auf eine Entscheidung des RG. in Bd. 57, S. 405 stützt. Diese Entscheidung behandelt aber die Frage der Anwendbarkeit des § 287 BGB. beim Abnahmeverzug, die m. E. aus den dort angeführten Gründen mit Recht verneint wird. Ebenso Planck § 433 Anm. 7.

des gegenseitigen Vertrages. Danach findet die Vorschrift des § 325 Abs. 1 S. 2 BGB. — d. h. also die Vorschrift über den dort näher geregelten Fall der Teilunmöglichkeit — entsprechende Anwendung, wenn die verzögerte Leistung bis zum Ablauf der Frist, die dem Säumigen zu ihrer Bewirkung von dem Vertragsgegner gesetzt war, teilweise nicht bewirkt worden ist. Die Prüfung der Frage, wann die Voraussetzungen für den Eintritt des Verzugs als erfüllt anzusehen sind, ist nicht Aufgabe dieser Ausführungen. Die zunächst zu entscheidende Frage ist, ob der § 326 BGB. überhaupt innerhalb des Oberbegriffs Leistung verschiedene Abstufungen macht, d. h. ob die durch ihn gewährten Rechte nicht beim Verzuge mit jeder beliebigen Leistung, sondern nur beim Verzuge mit einer bestimmten Art von Leistungen dem nichtsäumigen Vertragsteil zustehen.

Diese Frage ist äußerst bestritten. Um zu erkennen, welches der Kernpunkt der Streitfrage ist, muß davon ausgegangen werden, daß die Bestimmung des § 326 BGB. eine besondere Regelung der Verzugsfolgen bei gegenseitigen Verträgen darstellt. Das Charakteristische dieser Verträge ist, daß sich hier Leistung und Gegenleistung in dem Umfang und in der Form, die der Vertrag festgelegt hat, gegenüberstehen. Dieses Sichgegenüberstehen ist aber nicht nur ein äußerliches, Leistung und Gegenleistung sind auch innerlich mit einander verknüpft, und zwar einerseits in ihrer Entstehung; diese, genetisches Synallagma genannte Abhängigkeit, kommt dadurch zum Ausdruck, daß die Verpflichtung des einen Vertragsteils gleichzeitig mit der des andern entsteht und ohne sie nicht entstehen kann. Wenn keine Kaufpreisschuld entsteht, so kann auch keine Verpflichtung zur Lieferung der Kaufsache entstehen. Ist eine Verpflichtung ungültig, so ist es auch die andere und damit der ganze Vertrag (§§ 139, 142 BGB.). Andererseits besteht die Abhängigkeit auch in der Erfüllung von Leistung und Gegenleistung, funktionelles Synallagma genannt. Wird eine Verpflichtung nicht erfüllt, so braucht auch die andere nicht erfüllt zu werden. Diesen Gedanken hat das BGB. im § 320 Abs. 1 — bei der Einrede des nicht erfüllten Vertrages —, im § 323 — Fortfall der Verpflichtung zur Gegenleistung bei Wegfall der Leistung infolge Zufalls —, und in der folgerichtigsten Durchbildung im § 326 zum Ausdruck gebracht. Hier hat jede Partei in dem Fall, daß die andere den Leistungsaustausch verzögert, das Recht, den ganzen Vertrag zu Fall zu bringen.

Nun setzt sich die Gesamtleistung einer Partei in den meisten Fällen aus mehreren Leistungsteilen zusammen, die untereinander weder gleichartig noch gleichwertig sind und auch infolge-

dessen in bezug auf die Gegenleistung nicht von gleicher Bedeutung sein können. Die Streitfrage ist nun, ob man, falls die sogenannte Hauptleistung einer Vertragspartei von dieser erfüllt ist, die Nebenleistung dagegen nicht von einer teilweisen Erfüllung im Sinne von § 326 Abs. 1 Satz 3 sprechen kann. Es ergeben sich hierbei drei Möglichkeiten für die Erfüllung des Vertrages:

1. die Erfüllung ist wegen Unvollständigkeit überhaupt nicht als Erfüllung der geschuldeten Leistung anzusehen,
2. es liegt trotzdem eine ordnungsgemäße Erfüllung der dem Verkäufer aus dem Kaufe obliegenden Leistung vor; die Nichterfüllung der Nebenleistung ist hinsichtlich der Rechtsfolge gesondert zu betrachten,
3. es liegt eine teilweise Erfüllung des Kaufvertrages vor.

Alle drei Möglichkeiten spielen bei der Frage der Anwendbarkeit des § 326 BGB. beim Abnahmeverzug eine besondere Rolle. Ob die Abnahmepflicht eine Haupt- oder Nebenleistung ist, soll zunächst unerörtert bleiben. Denn wenn sich ergibt, daß § 326 auf den Verzug mit jeder beliebigen schuldnerischen Leistung Anwendung findet, kommt es auf die Prüfung der Frage, ob die Abnahme Haupt- oder Nebenleistung ist, nicht mehr an. Die Frage aber, ob die Nichterfüllung eine Nebenleistung als teilweise Nichterfüllung im Sinne von § 326 Abs. 1 Satz 3 anzusehen ist, läßt sich nur beantworten, wenn man auch zu den Bestimmungen der ersten beiden Sätze des § 326 Abs. 1 Stellung nimmt. Denn nur so kann man erkennen, was das Gesetz an dieser Stelle unter teilweiser Erfüllung versteht.

Das Reichsgericht ist der Ansicht, daß der Verkäufer die Rechte aus § 326 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB. nicht geltend machen könne, wenn der Käufer im Verzuge mit einer Nebenleistung sei. Voraussetzung für die Anwendbarkeit der genannten Bestimmungen sei ein Verzug mit d e r dem Käufer obliegenden Leistung. An dieser in einer Entscheidung vom 9. November 1902[2]) dargelegten Ansicht hat das Reichsgericht auch in der Folge ständig festgehalten[3]). Wegen der Bedeutung der hiermit für die Praxis des Reichsgerichts festgelegten Ansicht sollen die wesentlichen Gedanken der Entscheidung vom Jahre 1902 wörtlich angeführt werden. Das Reichsgericht sagt unter Vorausschickung, daß es sich ausschließlich um die Beurteilung der Anwendung von Satz 1 und 2 des § 326 Abs. 1 BGB. handele: „In dem ersten Satze von § 326 Abs. 1 BGB. wird verlangt, daß bei einem gegenseitigen Vertrage der eine Teil mit der ihm obliegenden Leistung im Ver-

[2]) RG. Bd. 53, S. 161 ff.
[3]) RG. Bd. 57, S. 110 ff.; Bd. 69, S. 107; Bd. 92, S. 270.

zuge sei. Die Gesetzesvorschrift darf nun allerdings nicht dahin ausgelegt werden, daß hier ein Verzug mit der dem einen Teil aus dem gegenseitigen Vertrag obliegenden Leistung in allen ihren Teilen verlangt sei, daß also beim Kauf der Käufer mit seiner Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises u n d mit seiner Verpflichtung zur Abnahme der Kaufsache im Verzuge sein müsse. Aber auch die Auslegung der Gesetzesbestimmung erscheint nicht zulässig, daß jeder Verzug mit irgendeinem Teile der im übrigen noch nicht erfüllten Leistung — er mag noch so nebensächlicher Art sein — zureiche, um dem anderen Teile die Rechte aus Satz 1 und 2 des § 326 Abs. 1 BGB. zu eröffnen. Vielmehr wird in jener Gesetzesbestimmung, worauf der Wortlaut — Verzug mit der ihm obliegenden Leistung — unzweideutig hinweist, ein Verzug mit der Leistung vorausgesetzt, welche die Hauptleistung ist oder doch im übrigen zu der noch nicht erfüllten Hauptleistung gehört. Diese dem Wortlaut des Gesetzes entnommene Auslegung wird durch die in dem zweiten Satze ausgesprochenen Rechtsfolgen bestätigt, . . . Rechtsfolgen, die sich allein mit der Auffassung vertragen, daß hier der Verzug mit der Hauptleistung oder doch einem Teil der im übrigen noch nicht erfüllten Hauptleistung vorausgesetzt ist."

Während das Reichsgericht in dieser Entscheidung sagt, daß es sich ausschließlich um die Anwendung des § 326 Abs. 1 Satz 1—2 handele, so daß der dritte Satz von der Erörterung völlig ausgeschieden sei, spricht das Reichsgericht in einer Entscheidung vom 23. Februar 1904[4]) zwar schlechthin von der Anwendbarkeit des § 326 Abs. 1 BGB. Da dieses Urteil aber die Bestimmung des dritten Satzes im einzelnen gar nicht erwähnt und sich auf die Entscheidung vom Jahre 1902 bezieht, ja, die dort aufgestellten Grundsätze sogar ausdrücklich bestätigt, dürfte anzunehmen sein, daß auch in der Entscheidung im 57. Bande das Reichsgericht nur die beiden ersten Sätze des § 326 Abs. 1 BGB. im Auge gehabt hat. Dies scheint um so mehr der Fall zu sein, als beide Entscheidungen vom 2. Zivilsenat getroffen worden sind, der auch in einer späteren Entscheidung vom 11. Januar 1907[5]) wiederum nur über die Voraussetzungen der Anwendbarkeit von § 326 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB. entschieden hat. Für diese Bestimmungen geht die Rechtsprechung des Reichsgerichts nach dem Gesagten dahin, daß Totalverzugsfolgen nicht geltend gemacht werden können, wenn die Hauptleistung erfüllt und die Nebenleistung nicht erfüllt ist. Ob in diesem Fall von einer teilweisen Erfüllung ge-

[4]) Bd. 57 S. 110 ff.
[5]) Recht 07 S. 247.

sprochen werden kann, die zur Geltendmachung der Rechte des § 326 bezüglich des verzögerten Leistungsteils berechtigt, sagt das Reichsgericht nicht ausdrücklich, ist aber m. E. bei richtiger Beurteilung der vom Reichsgericht entwickelten Gedanken zu verneinen. Denn wenn das Reichsgericht sagt, für den Fall, daß nur die Hauptleistung verzögert ist, können Totalverzugsfolgen geltend gemacht werden, so bringt es damit zum Ausdruck, daß die Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit Nichterfüllung des ganzen Vertrages im Sinne des § 326 Abs. 1 Satz 1—2 BGB. darstellt. Folgerichtig muß auch umgekehrt trotz des bloßen Verzuges mit einer Nebenleistung die bewirkte Hauptleistung einer Vertragspartei als ordnungsgemäße Erfüllung der Leistung angesehen werden[6]). Damit will das Reichsgericht offenbar nicht sagen, daß Nebenleistungen unbeachtet bleiben können; auch ihre Erfüllung kann verlangt werden und folglich aus ihrer Nichterfüllung Rechte hergeleitet werden. Nur ist die Nichterfüllung der Nebenverpflichtung besonders zu betrachten und nicht im Rahmen des § 326 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB. Diese m. E. logische Entwicklung der Gedanken des Reichsgerichts will Chone[7]) nicht anerkenen. Nach seiner Meinung läßt das Reichsgericht die Frage, ob dem Verkäufer beim Verzuge mit einer Nebenleistung wenigstens die Rechte aus dem Teilverzug zustehen, offen, und zwar weil es nur die Bestimmung des § 326 Abs. I S. 1 und 2 BGB. behandelt, nicht aber auch die des 3. Satzes. Nach seiner Meinung regelt also auch offenbar die Bestimmung des § 326 Abs. 1 Satz 3 BGB. die Folgen des Teilverzugs[8]).

Eine von der Meinung des Reichsgerichts in gewisser Hinsicht abweichende Ansicht vertritt Staub[9]). Er scheidet die Nebenverbindlichkeiten aus dem eigentlichen Synallagma aus, indem er sagt, daß unter Leistung im Sinne von § 326 BGB. nur diejenige Leistung zu verstehen sei, welche das eigentliche Aequivalent für die Gegenleistung sei. Der Verzug mit einer Nebenverbindlichkeit könne daher die besonderen Verzugsrechte des gegenseitigen Vertrages für den Gläubiger überhaupt nicht begründen.

Während Staub insoweit mit dem Reichsgericht übereinstimmt, will er nicht anerkennen, daß von einer teilweisen Erfüllung gesprochen werden kann, wenn von zwei verschiedenartigen Leistungsteilen ein Teil erfüllt wird. Teilweise Erfüllung betreffe lediglich den Fall, daß eine Verpflichtung nicht quantitativ in vollem Maße, sondern nur zum Teil erfüllt werde. Staub

[6]) ebenso Kipp Bd. II, S. 335.
[7]) a.a.O. S. 208.
[8]) Wegen der Unrichtigkeit dieser Ansicht vgl. S. 31.
[9]) a.a.O. Exkursion zu § 374 Anm. 162 ff.

glaubt diese Ansicht aus § 323 Abs. 1 BGB. herleiten zu können. Wenn sich hiernach bei teilweiser Erfüllung die Gegenleistung entsprechend dem ausgebliebenen Teile mindern solle und noch dazu nach den Regeln der Minderung bei mangelhaft erfülltem Kaufvertrage, so könne sich das nur auf quantitative Teilleistung beziehen. Denn wie sollte sich beispielsweise beim Abnahmeverzug des Käufers der Kaufpreis entsprechend dieser Verpflichtung mindern.

Staub nimmt also in Uebereinstimmung mit dem Reichsgericht bei Erfüllung der Hauptleistung ohne die Nebenleistung eine Erfüllung der dem einen Vertragsteile obliegenden Leistung im Sinne von § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB. an[10]). Im Gegensatz zum Reichsgericht nimmt Staub, wenn die nichterfüllte Nebenleistung zur Hauptleistung gehört, oder besser gesagt, wenn die nichterfüllte Leistung ein Teil der Hauptleistung ist, volle Nichterfüllung an, auch wenn der übrige Teil der Hauptleistung erfüllt ist, da er die teilweise Erfüllung auf den Fall einer teilweisen Erfüllung der Menge nach beschränkt haben will[11]).

Im Gegensatz hierzu erkennen Düringer-Hachenburg[12]) das Vorhandensein einer teilweisen qualitativen Nichterfüllung an, beschränken die Anwendbarkeit der Bestimmungen des § 326 aber mit dem Reichsgericht und insoweit auch mit Staub auf den Fall, daß die heterogenen Leistungsteile zur Hauptleistung gehören. In diesen Fällen wirke aber der Verzug einer Vertragspartei in der Erfüllung des noch ausstehenden Teils der Hauptverbindlichkeit in derselben Weise wie ein Totalverzug. Sie begründen ihre Ansicht mit der im § 440 Abs. 1 BGB. enthaltenen Gesetzesbestimmung, wonach sich die Rechte des Käufers nach den Vorschriften der §§ 320—327 bestimmen, wenn der Verkäufer die ihm nach den §§ 433—437, 439 BGB. obliegenden Verpflichtungen nicht erfüllt.

Wenn auch die bisher aufgeführten Meinungen untereinander abwichen, so besteht doch Einigkeit insoweit, als sie annehmen, daß für sogenannte Nebenverbindlichkeiten im Rahmen des § 326 BGB. kein Raum ist.

Hiergegen hat sich insbesondere Siber gewandt. Er geht davon aus, daß im § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB. die Worte: „Ist bei einem gegenseitigen Vertrage der eine Teil mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge" dahin auszulegen seien, daß der Schuldner mit den sämtlichen ihm obliegenden Leistungen im Verzuge sein müsse. Sei infolgedessen das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung des Vertrages weggefallen, so könne er nach seiner Wahl

---

[10]) ebenso Kisch S. 7; Kleineidam S. 129.
[11]) ebenso Endemann a.a.O. § 160 S. 962 Anm. 23; § 159 Anm. 24.
[12]) V 1 S. 124 ff.

die im § 326 BGB. gegebenen Rechte geltend machen[13]). Damit zieht Siber auch offenbar Nebenverpflichtungen in den Bereich des § 326 BGB. Zur Begründung seiner Ansicht geht Siber allerdings nicht von der Bestimmung des § 326 BGB. im allgemeinen, sondern von der des § 326 Abs. 1 Satz 3 aus, und zwar macht er seine Untersuchungen im Rahmen der Frage der Anwendbarkeit der genannten Gesetzesbestimmung beim Abnahmeverzug[14]). Da Siber aber zu dem Ergebnis gelangt, daß allgemein im § 326 unter dem Begriff „Leistung" nicht eine Leistung einer bestimmten Art, sondern alle im Gesetz vorgesehenen Erfüllungsverpflichtungen zu verstehen sind, muß sich seine Ansicht auch folgerichtig auf die beiden ersten Sätze des § 326 BGB. beziehen[15]). Nach seiner Meinung ist die Frage, ob auf Grund des Verzuges des Käufers mit der Abnahme dem Verkäufer die Rechte des § 326 Abs. 1 S. 3 zustehen, grundsätzlich zu bejahen, ohne Rücksicht darauf, ob die Abnahme jeweils Hauptverpflichtung oder einen Teil von ihr vorstellt. Er geht davon aus, daß die Abnahme ein Teil der geschuldeten Leistung sei. Einem Mißbrauch des Abnahmeverzuges zu ungerechtfertigten Rücktrittserklärungen oder Ersatzansprüchen wegen Nichterfüllung des Vertrages sei dadurch vorgebeugt, daß solche nach Abs. 1 Satz 3 verbunden mit § 325 Abs. 1 Satz 2 auch nach einer vergeblichen Fristsetzung Wegfall des Interesses am ganzen Vertrage voraussetzen und in dem Fall, wo der Kaufpreis schon vollständig gezahlt sei, nicht gegen Treu und Glauben verstoßen werden dürfe. Infolgedessen werde Abs. 1 S. 3 nur selten auf bloßen Abnahmeverzug Anwendung finden, nur sei zu beachten, daß eine Verweigerung der Abnahme vielfach auch eine solche der Zahlung des Preises in sich schließe und deshalb auch den Käufer mit dieser schon in Verzug setzen könne.

Siber verzichtet also auf eine Abstufung der einzelnen Leistungen nach schematischem Gesichtspunkt mit der Betonung, daß jenes Erfordernis vom Gesetz nicht aufgestellt sei. Wie das Gesetz dem Mißbrauch der Einrede des nicht erfüllten Vertrages einfach durch den Hinweis auf Treu und Glauben vorgebeugt habe (§ 320 Abs. 2 BGB.), so stelle es auch im § 326 ein selbständiges Erfordernis der Aequivalenz oder der Wichtigkeit der verletzten Verpflichtung nicht auf, und es verwende ferner — anders als im § 320 Abs. 2 BGB. — als Maßstab nicht unmittelbar die Rücksicht gegen Treu und Glauben, sondern das Vorhandensein oder Fehlen eines Interesses des Gläubigers an dem möglich gebliebenen oder nicht ausgeschlossenen Teile der

[13]) Planck § 326 Anm. 1a.
[14]) a.a.O. § 326 Anm. 4c.
[15]) Im Ergebnis geteilt wird Siber's Standpunkt vom OLG. Marienwerder Bd. 6 S. 50.

Vertragserfüllung. Hierdurch ist nach seiner Meinung einem Mißbrauch besser vorgebeugt als mit der unsicheren Unterscheidung von Haupt- und Nebenpflichten, und es sei nur eine selbstgeschaffene Schwierigkeit, wenn man in das Gesetz außerdem das vage Erfordernis der Hauptleistung hineintrage und sich damit, anstatt einfach auf das gesetzliche Alleinerfordernis des Interessewegfalls abzustellen, für jeden Einzelfall noch mit der Frage belaste, was eine Hauptleistung sei und wann eine solche vorliege. Weil kein Wegfall am Interesse am ganzen Vertrage vorliege, könne der Käufer eines Hauses oder eines Gutes mit Inventar wegen Nichtleistung eines alten Kanonenofens oder des Hofhundes nicht vom Kaufvertrage zurücktreten, obwohl die ausgebliebene Leistung äquivalent sei. Andererseits könne dem Verkäufer wegen Verletzung der meist nicht äquivalenten Abnahmepflicht der Rücktritt gestattet werden, wenn er verkauft hat, nur um die Sache los zu werden. Siber kommt also in seinem Ergebnis dazu, jede Teilerfüllung nach Eintritt des Totalverzuges und Fristsetzung, mag es sich auch um eine Nebenleistung handeln, als teilweise Erfüllung im Sinne von § 326 Abs. 1 Satz 3 BGB. anzusehen ist.

Zu dem gleichen Ergebnis gelangt Chone[16]). Er geht aber noch einen Schritt weiter als Siber. Denn während Siber sagt, daß beim Verzug mit einer nebensächlichen Leistung Totalverzugsfolgen niemals praktisch werden[17]), hält Chone dies doch für möglich. Denn wenn der Gläubiger die Nebenleistung ablehne (§ 266 BGB.) und die Nebenverbindlichkeit trotz der doch zunächst erforderlichen Fristsetzung nicht erfüllt werde, so habe es sich der Schuldner selbst zuzuschreiben, wenn der ganze Vertrag von den Folgen ergriffen werde.

Auch Kober[18]) stellt sich bezüglich des § 326 Abs. 1 Satz 3 auf den Standpunkt von Siber und Chone, denn nach seiner Meinung ist diese Bestimmung beim Abnahmeverzug des Käufers auf jeden Fall anwendbar. Bezüglich des ersten Satzes stellt er sich aber offenbar auf den Standpunkt des Reichsgerichts, da auch er Verzug mit einer Hauptleistung für notwendig und ausreichend zur Geltendmachung der Totalrechte aus § 326 BGB. hält. Danach sieht Staudinger offenbar die Bestimmung des § 326 Abs. 1 S. 3 als eine Sonderbestimmung gegenüber den beiden ersten Sätzen des § 326 Abs. 1 BGB. an.

Mit diesem Standpunkt hat Staudinger einen neuen Gesichtspunkt in die hier behandelte Streitfrage gebracht. Bevor jedoch hierauf und die vom Reichsgericht und seinen Anhängern

---

[16]) a.a.O. S. 215 ff.
[17]) a.a.O. S. 370.
[18]) Staudinger § 433 Anm. IXe.

einerseits und die von Siber und Chone andererseits vertretenen Meinungen eingegangen wird, soll zunächst geprüft werden, ob die von Staub vertretene Ansicht, daß unter teilweiser Erfüllung nur die Leistung eines quantitativen Teils der Gesamtleistung verstanden werden könne, zutrifft. Denn im Falle ihrer Richtigkeit könnte auch die Erfüllung der Abnahmepflicht nicht als teilweise Erfüllung des Kaufvertrages angesehen werden, so daß eine Erörterung der weiteren Fragen überflüssig wäre.

Der von Staub vertretene Standpunkt kann nur richtig sein, wenn mehrere Obligationszweige derartig zu einer Einheit zusammenschmelzen, wie es bei Sachen der Fall ist, die wesentliche Bestandteile einer neuen Sache werden. Das ist aber nicht der Fall. Wenn mehrere heterogene Leistungsteile die Gesamtleistung einer Vertragspartei darstellen, sowerden die an sich selbständigen Leistungen Teile einer einheitlichen Gesamtleistung. Diese Einheit ist aber keine tatsächliche, sondern eine rechtliche. Tatsächlich bleiben die Obligationen nebeneinander bestehen. Auch im § 266 BGB. ist unter einer Teilleistung eine qualitative Teilleistung zu verstehen, denn es dürfte nicht zu bestreiten sein, daß ein Käufer, der am 1. 10. abnehmen und am 1. 12. zahlen muß, zu Teilleistungen im Sinne von § 266 BGB. berechtigt ist[19]). Auch der Hinweis Staub's auf § 323 Abs. 1 BGB. ist verfehlt. Einmal ist nirgends angedeutet, daß gerade die §§ 320—327 BGB. unter teilweiser Erfüllung nicht auch eine qualitative Teilerfüllung verstehen. Im übrigen könnte man, worauf Makower[20]) m. E. mit Recht hindeutet, aus dieser Bestimmung durch den Hinweis auf § 473 BGB. eher das Gegenteil entnehmen, da dort der Fall einer Verpflichtung zu verschiedenartigen Leistungen behandelt ist. Eine andere Frage ist, ob eine erfolgte qualitative Teilleistung auch von Interesse sein kann, so daß gemäß § 326 Abs. 1 Satz 3 BGB. in Verbindung mit § 325 Abs. 1 Satz 2 BGB. die Verzugsrechte hinsichtlich des ausgebliebenen Teils, also Teilrücktritt, Ersatz wegen Nichterfüllung eines qualitativen Teils möglich ist. Dies ist eine Frage der Folgen der qualitativen Teilerfüllung, nicht aber des Prinzips, ob unter Teilleistungen nicht nur solche der Menge nach zu verstehen sind[21]).

Steht somit fest, daß unter teilweiser Erfüllung im § 326 auch die Leistung eines qualitativen Teils der Gesamtleistung zu verstehen ist, so ist die Erörterung der weiteren Fragen notwendig, ob unter § 326 auch Nebenleistungen fallen, insbesondere ob die

---

[19]) vgl. Rosenberg a.a.O. S. 262.
[20]) a.a.O. S. 1198.
[21]) im Ergebnis übereinstimmend Rosenberg a.a.O. S. 262. Düringer-Hachenburg a.a.O. S. 124,125; Makower S. 1198; Chone S. 214; Weisstein S. 31

Bestimmung des § 326 Abs. 1 S. 3 in dieser Hinsicht eine Sonderstellung gegenüber der Vorschrift des § 326 Abs. 1 Satz 1 einnimmt. Da Planck und Chone ihre Untersuchungen im Rahmen der Bestimmung des dritten Satzes des § 326 Abs. 1 machen, soll zunächst einmal die letztere Frage untersucht werden.

Der Satz 3 des § 326 Abs. 1 BGB. enthält eine besondere Vorschrift über die Folgen einer nur teilweisen Erfüllung des gegenseitigen Vertrages. Danach findet, wie bereits gesagt, die Vorschrift des § 325 Abs. 1 S. 2 entsprechende Anwendung, wenn die Leistung bis zum Ablauf der nach Eintritt des Verzuges gesetzten Frist teilweise nicht bewirkt wird. Bei oberflächlicher Betrachtung könnte man geneigt sein, diese Bestimmung als eine besondere Regelung des sogenannten Teilverzuges anzusehen, eine Auffassung, die auch mehrfach vertreten worden ist[22]). Dieser Ansicht kann aber nicht beigetreten werden. Vorauszuschicken ist, daß Teilverzug vorliegt, wenn der Schuldner nur mit einem Teil der vollfälligen Leistung im Verzuge ist, während er den anderen Teil entweder schon bewirkt oder infolge eines nicht von ihm zu vertretenden Umstandes nicht bewirkt hat[23]). Sondervorschriften über Teilverzug enthält das Gesetz überhaupt nicht, insbesondere nicht im § 326 Abs. 1 S. 3. Denn es ergibt sich klar aus den Worten des Gesetzes, daß unter teilweiser Bewirkung der Leistung eine Teilleistung nach Eintritt des Totalverzuges zu verstehen ist. Inwieweit durch ausdehnende Anwendung dieser Bestimmung Fälle des Teilverzuges ergriffen werden, ist eine andere Frage, die im Rahmen der an dieser Stelle zu machenden Erörterungen nicht zu behandeln ist. Der normale von § 326 Abs. 1 S. 3 BGB. ergriffene Fall ist, an einem Beispiel gesehen, vielmehr folgender: der Verkäufer von 100 Paar Schuhen ist mit der Lieferung der ganzen Menge in Verzug gekommen. Bis zum Ablauf der daraufhin vom Käufer gesetzten Frist hat er 30 Paar Schuhe geliefert, wobei es gleichgültig ist, ob der Säumige berechtigt war, teilweise zu erfüllen oder ob der Gläubiger die teilweise Erfüllung ohne Rechtspflicht angenommen hat, denn § 326 Abs. 1 S. 3 BGB. behandelt ja nur den Fall, daß die Leistung teilweise „bewirkt" ist[24]). In diesem Falle ist bezüglich der 30 Paar Schuhe der Verzug geheilt, da diese einen Teil der Leistung darstellt, deretwegen er sich seinerseits zu einer Leistung verpflichtet hat. Ob der Käufer in diesem Falle vom ganzen Vertrage zurücktreten kann, entscheidet sich dann nach § 326 Abs. 1 Satz 3 BGB. in Verbindung mit § 325 Abs. 1 Satz 2 BGB.

---

[22]) so von Chone S. 208; Weisstein S. 28.
[23]) Planck a.a.O. § 284, Anm. 8.
[24]) Vgl. RG. Bd. 106 S. 89.

Geht man von diesem an dem Beispiel veranschaulichten normalen von § 326 Abs. 1 S. 3 BGB. ergriffenen Fall aus und hält man sich die von dem Reichsgericht, Staub und Düringer-Hachenburg für § 326 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB. entwickelten Gedanken vor Augen, so erkennt man, daß auch im § 326 Abs. 1 S. 3 BGB. für sogenannte Nebenleistungen kein Raum ist, wenn sich ergibt, daß im Falle des Verzuges mit einer derartigen Leistung eine Anwendung des § 326 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB. nicht in Frage kommt. Besteht die Leistung einer Vertragspartei aus einer Haupt- und einer Nebenleistung und ist der Schuldner allein mit einer Hauptleistung im Verzug, so ist der Gläubiger nach der Ansicht des Reichsgerichts und seiner Anhänger berechtigt, vom ganzen Vertrag gemäß § 326 Abs. 1 Satz 1 und 2 zurückzutreten, wenn der Schuldner während der Frist nichts leistet. Die Nichterfüllung der Hauptverpflichtung wird als Nichterfüllung des ganzen Vertrages im Rahmen des § 326 Abs. 1 S. 1 und 2 angesehen. Würde der Fall nun so liegen, daß der Schuldner mit der Haupt- und der Nebenleistung im Verzuge ist, und während der vom Gläubiger gesetzten Frist die Nebenleistung bewirkt, mit der Hauptleistung aber weiter säumig bleibt, dann kann der Fall und damit die Nebenleistung nicht anders bewertet werden, als wenn die Nebenleistung bereits vor der Fristsetzung erfüllt wäre. Denn die nachträgliche Erfüllung der Nebenleistung stellt — im Gegensatz zu dem mit den Schuhen gebildeten Beispiele — nicht einmal eine teilweise Heilung des Totalverzuges dar. Das Ergebnis, zu dem Staudinger kommt, der bezüglich des § 326 Abs. 1 S. 3 andere Voraussetzungen angewandt wissen will, als im § 326 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB., ist nach dem Gesagten unhaltbar. Der dritte Satz des § 326 BGB. stellt keine Ausnahme gegenüber den beiden ersten Sätzen dieser Bestimmung dar. Vielmehr müssen die für die eine Bestimmung entwickelten Grundsätze auch für die übrigen im § 326 BGB. gelten.

Siber und Chone kommen, wie bereits gesagt, zu dem Ergebnis, daß auch Nebenleistungen als ein Teil der geschuldeten Gesamtleistung anzusehen sind, und die Leistung einer Nebenpflicht daher auch als eine teilweise Erfüllung im Sinne von § 326 Abs. 1 Satz 3 anzusehen ist. Da nun diese Bestimmung unter den gleichen Voraussetzungen wie die übrigen Vorschriften des § 326 BGB. anzuwenden sind, müssen sie folglich zu dem Ergebnis kommen, daß ein Fall des § 326 Abs. 1 Satz 1 nur vorliegt, wenn der Schuldner mit sämtlichen ihm obliegenden Leistungen im Verzug ist[25]).

---

[25]) So konsequent Siber § 326 Anm. I 1, während Chone hierzu keine Stellung nimmt.

Es erscheint zunächst merkwürdig, wenn die von Siber verfochtene Meinung, auch Nebenleistung in das Synallagma einzubeziehen, nicht allgemein anerkannt worden ist. Denn jeder Leistungsteil, mag er auch für sich von noch so untergeordneter Bedeutung sein, ist im Rahmen des Gesamtvertrages beachtlich. Das Interesse einer Partei am Vertrage erschöpft sich darin, für die geschuldete Leistung die vertragliche Gegenleistung, und zwar genau diese in dem Umfang und in der Form, die der Vertrag festgelegt hat, zu erhalten. Sowie der Gegner in der Erfüllung dieser seiner Leistungspflicht hinter dem vertraglichen Soll zurückbleibt, stellt die Leistung nicht mehr die volle Erfüllung der Vertragspflichten dar. Chone[26]) und mit ihm eine Entscheidung des OLG. Marienwerder[27]) sagen auch, daß die Meinung, Nebenpflichten seien aus dem Synallagma auszuscheiden, jeder rechtlichen Grundlage entbehre.

Die Ansicht Siber's, der Staub und dem Reichsgericht den Vorwurf der unsicheren Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenleistungen macht, scheint um so mehr begründet zu sein, als tatsächlich die Begriffe Hauptleistung und Nebenleistung bei der Behandlung des gleichen Problems in ganz verschiedenem Sinne gebraucht werden. Eine Begriffsbestimmung der Haupt- und Nebenleistungen enthält das Gesetz nicht. Das Reichsgericht[28]) versteht unter Hauptleistung offenbar die nach dem Willen der Parteien wesentlichen Bestandteile der Gesamtleistung, ohne damit Hauptleistung und essentiale negotii identifizieren zu wollen. Auch Staub[29]) scheint in diesem Sinne die Hauptleistung zu bewerten, wenn er sagt, daß es diejenigen Leistungen sind, die den Gegenwert für die Leistung des andern Vertragsteils darstellen. Nebenleistungen müßten dann solche sein, welche die Gegenleistung nicht beeinflussen. Was soll es dann aber bedeuten, wenn Staub an anderer Stelle[30]) ebenfalls bei der Behandlung der Frage der Anwendbarkeit des § 326 beim Abnahmeverzug davon spricht, daß solche Nebenverpflichtungen häufig einen Teil der Hauptverpflichtung bilden? Mit diesem Satz kann Staub nur sagen wollen, daß Nebenverpflichtungen u. U. doch nicht nebensächlich für den Inhalt und den Umfang der Gegenleistung sind. Das Partikel „neben" kann also, wenn die Worte Staubs einen Sinn haben sollen, hier nicht etwas Untergeordnetes zum Ausdruck bringen, vielmehr wird hier der Gedanke des Danebentretens einer Verpflichtung zu einer anderen zum Ausdruck gebracht.

---

[26]) a.a.O. S. 215.
[27]) OLG. Bd. 6 S. 50.
[28]) Vgl. RG. Bd. 53 S. 165, Bd. 57 S. 110; Bd. 101 S. 431.
[29]) Exkurs zu § 374, Anm. 163.
[30]) Exkurs zu § 374, Anm. 168.

Diese Doppeldeutigkeit der Begriffe Haupt- und Nebenleistung hat nicht gehindert, daß fast alle Schriftsteller, die sich im Anschluß an die Lehre Staubs mit der Frage der Anwendbarkeit des § 326 BGB. beim Abnahmeverzug beschäftigt haben, die Worte Haupt- und Nebenleistung gebrauchen, ohne aber, wie es richtigerweise geschehen müßte, die Ausdrücke nur in typisierendem oder nur in wertendem Sinn zu gebrauchen[31]). Es ist klar, daß eine ungenaue Wiedergabe des Begriffs Haupt- und Nebenleistung Gefahren für die Deutlichkeit des von dem Reichsgericht und Staub entwickelten Gedankens in sich birgt[32]). Dieser kann aber nur richtig sein, wenn man Hauptleistungen nicht mit den essentialia negotii und Nebenleistungen mit den naturalia bzw. accidentalia negotii eines gegenseitigen Vertrages identifiziert. Denn es gibt begriffswesentliche Leistungen, die nicht als Gegenleistung für die Verpflichtung eines Vertragsteils angesehen werden, z. B. die Verpflichtung des Mieters zur Rückgabe der Mietssache, für die die Ueberlassung des Gebrauchs während der Mietszeit keinen Gegenwert bildet. Umgekehrt gibt es auch naturalia bzw. accidentalia negotii, deren Bedeutung im Rahmen des Gesamtvertrages sehr erheblich ist, z. B. die Verpflichtung des Käufers, dem Verkäufer die Versandadresse für die verkauften Waren mitzuteilen. Will man mit der Bezeichnung Haupt- und Nebenleistung aber nur eine Bewertung der einzelnen Leistungsteile in bezug auf die Gegenleistung, nicht aber eine Einteilung in begriffswesentliche und nichtbegriffswesentliche Leistungen zum Ausdruck bringen, dann lassen sich so unglückliche Formulierungen, wie sie Staub bringt, vermeiden.

Hauptleistung ist danach diejenige Leistung, die die eigentliche Gegenleistung für die Leistung des andern Vertragsteils darstellt. Setzt sie sich aus mehreren heterogenen Leistungsteilen zusammen, dann sind die einzelnen Leistungen Teile der Hauptleistung. Alle übrigen Leistungen, die nicht das Aequivalent für die Gegenleistung oder einen Teil von ihr bilden, sind Nebenleistungen. Ob sich im Einzelfall feststellen läßt, welchen Teil der Gegenleistung man als das Aequivalent für eine bestimmte Leistung ansehen kann, ist eine Frage, die von Bedeutung ist, wenn man Teilverzugsfolgen geltend machen will. Sie gehört aber nicht zu den Untersuchungen an dieser Stelle. Denn hier handelt es sich nur um die Einteilung der einzelnen Leistungen in Haupt- und Nebenleistungen. Ein Teil der Hauptleistung ist eine Leistung

[31]) Vgl. Planck § 323 Anm. 2b; Düringer-Hachenburg Bd. V 1 S. 141 f., S. 143 Anm. 156. Weisstein S. 33/36.

[32]) Vgl. Jacobi a.a.O. S. 287, der sich infolge Mißverstehens der Staub'schen Ausdrücke sachlich gegen diesen wendet, obwohl sie derselben Meinung sind.

immer dann, wenn der Rest billigerweise nicht mehr als der Gegenwert für die Gegenleistung angesehen werden kann.

Nachdem der Begriff der Haupt- und Nebenleistung in dieser Weise klargestellt ist, läßt sich auch ohne Schwierigkeiten beantworten, ob der Meinung Siber's und Chone's oder der Staub's und seiner Anhänger beizutreten ist, und zwar muß man von den in den §§ 320—327 BGB. zum Ausdruck kommenden Gedanken ausgehen, die für gegenseitige Verträge gelten. Hier stehen sich Leistung und Gegenleistung in der Weise gegenüber, daß die eine Vertragspartei sich zu einer Leistung verpflichtet, um dafür eine bestimmte Gegenleistung, und zwar genau diese zu erhalten. Verstößt nun eine Partei dadurch gegen das zwischen Leistung und Gegenleistung bestehende Band, daß sie eine Leistung nicht erfüllt, deretwegen die andere Vertragspartei auch ihrerseits sich zu einer Leistung verpflichtet hat, so führt dies zur Auflösung des rechtlichen Bandes, das die gegenüberliegenden Leistungen miteinander verknüpft. Da Nebenleistungen in dem hier vertretenen Sinn gerade solche Leistungen sind, die nicht in der Gegenleistung oder einem Teil von ihr ein Aequivalent finden, können diese Leistungen auch an der Wechselbedingtheit von Leistung und Gegenleistung nicht teilnehmen. Damit ist aber bewiesen, daß im Rahmen der Verzugsbestimmungen des gegenseitigen Vertrages für Nebenleistungen kein Raum ist.

Dem stehen auch nicht die von Siber[33]) angeführten Beispiele entgegen. Denn sowohl der Kanonenofen bzw. der Hofhund sind ein Teil der Leistung, für die die Gegenleistung versprochen worden ist, also Teile der Hauptleistung.

Daß unter Leistung im Sinne von § 326 BGB. nicht jede beliebige schuldnerische Leistung zu verstehen ist, ergibt sich auch aus der Geschichte der Gesetzesbestimmung. § 326 BGB. hat in den Artikeln 354—356 ADHGB. sein Vorbild[34]). Ihr Inhalt und Zweck und die in ihnen entwickelten Gedanken müssen daher auch für die entsprechende Bestimmung des BGB. gelten. Die Artikel 354—356 ADHGB. lauten:

> Artikel 354: Wenn der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises im Verzuge ist und die Ware noch nicht übergeben ist, so hat der Verkäufer die Wahl, ob er die Erfüllung verlangen oder ob er statt der Erfüllung die Ware unter Beobachtung der Bestimmung des Artikel 343 für Rechnung des Käufers kaufen und Schadensersatz fordern, oder ob er von dem Vertrage abgehen will, gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre.

---

[33]) Planck S. 370, § 323 Anm. 3b γ.

[34]) Hierauf weist besonders Staub hin a.a.O. Anm. 163; vgl. auch Mugdan Bd. 2 S. 640.

Artikel 355: Wenn der Verkäufer mit der Uebergabe der Ware im Verzuge ist, so hat der Käufer die Wahl, ob er die Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen, oder ob er statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder von dem Vertrage abgehen will, gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre.

Artikel 356: Will ein Kontrahent auf Grund der Bestimmungen der vorigen Artikel statt der Erfüllung Schadensersatz für die Nichterfüllung fordern oder von dem Vertrage abgehen, so muß er dies dem anderen Kontrahenten anzeigen und ihm dabei, wenn die Natur des Geschäfts dies zuläßt, noch eine den Umständen angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten gewähren.

Der in diesen Artikeln zum Ausdruck kommende Gedanke ist der, rechtliche Verhältnisse bei Kaufverträgen zu einem möglichst raschen Abschluß zu bringen. Wenn dieser Gedanke der modernen Rechtsauffassung, rechtliche Verhältnisse allgemein zu einem möglichst raschen Abschluß zu bringen, Rechnung tragend, auf alle gegenseitigen Verträge ausgedehnt worden ist, so ist damit nicht auch eine Aenderung der ursprünglichen Zweckbestimmung beabsichtigt gewesen. Welche Zweckbestimmung dies war, geht daraus hervor, daß die Artikel 354—356 ADHGB. das Wahlrecht zwischen Schadenersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt nur dann zuließen, wenn entweder der Verkäufer mit der Uebergabe der Ware oder der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises im Verzug war. Soweit der Käufer oder Verkäufer andere Verpflichtungen neben der Uebergabe der Ware oder der Zahlung des Kaufpreises übernahmen, fanden hierauf nicht die Vorschriften der Artikel 354—356 ADHGB., sondern die allgemeinen Grundsätze über die Folgen der schuldhaften Verletzung von Vertragspflichten Anwendung[35]).

Galt für das ADHGB. der Grundsatz, daß die Rechte aus Artikel 354—356 nur geltend gemacht werden konnten, wenn Verzug mit der Uebergabe oder Zahlung, also mit einer Hauptleistung vorlag, so ist kein Grund vorhanden, für die in § 326 BGB. lediglich verallgemeinerte Fassung der Art. 354—356 ADHGB. andere Grundsätze anzunehmen.

Auch aus dem Gesetz selbst geht hervor, daß die Meinungen Siber's und Chone's nicht richtig sein können. Die Bestimmung des § 326 Abs. 1 S. 3 BGB. verweist auf § 325 Abs. 1 S. 2 BGB. Danach kann der Gläubiger im Falle einer teilweisen Erfüllung durch den Schuldner nach der Fristsetzung vom ganzen Vertrage

[35]) Vgl. RG. Bd. 1 S. 56. RG. b. Bolze 12 Nr. 461.

zurücktreten, wenn die teilweise Erfüllung, d. h. der bereits geleistete Teil[36]) für den Gläubiger kein Interesse hat. Hat dagegen die teilweise Erfüllung für den Gläubiger Interesse, so mindert sich die Gegenleistung nach Maßgabe der §§ 472, 473 BGB.[37]). Die Minderung geschieht nach § 472 BGB. in der Art, daß der Wert der ganzen Leistung und der Wert der gemachten Teilleistung miteinander verglichen werden und daß nach dem Verhältnis dieser beiden Werte zueinander die Gegenleistung herabgesetzt wird. Wäre nun der Fall so eingetreten, daß der Schuldner mit der Haupt- und Nebenleistung im Verzuge war, während des Laufs der Frist die ganze Hauptleistung, nicht aber die Nebenleistung bewirkt hat, so kann wegen dieses nicht erfüllten Teils nach Plancks Ansicht[38]) der Gläubiger nur ausnahmsweise bzw. gar nicht vom ganzen Vertrage zurücktreten, weil er eben an der Erfüllung der ganzen Hauptleistung, die ja nach Siber's Ansicht nur eine Teilleistung ist, Interesse hat. Eine irgendwie geartete Minderung der Gegenleistung wegen des nichtgeleisteten „Teils" kommt aber nicht in Frage, denn die Nebenleistung hat ja gerade nicht ihr Aequivalent in irgendeinem Teil der Gegenleistung. Hiermit dürfte hinreichend erwiesen sein, daß die Erfüllung einer Nebenleistung niemals als teilweise Erfüllung im Sinne von § 326 Abs. 1 S. 3 angesehen werden kann.

§ 5.

Die kennzeichnenden Merkmale für eine Leistung, die zur Geltendmachung der Rechte aus § 326 BGB. berechtigt.

Die Frage, wann eine Leistung als Austauschposten für die Gegenleistung oder ein Teil von ihr anzusehen, hat eine verschiedene Beantwortung erfahren. Aber alle aufgestellten Theorien haben sich nicht als geeignet erwiesen, um in jedem Falle ein sicheres Ergebnis bei der Beurteilung einer Leistung zu gewährleisten[1]). Eine allgemeine für alle gegenseitigen Verträge geltende

[36]) RG. in Gruch. Bd. 54 S. 944.
[37]) Vgl. § 323 BGB.
[38]) Vgl. § 323 Anm. 2b, γ
[1]) Vgl. Oertmann III S. 47 ff.

Regel, sozusagen ein Schlüssel für die Entscheidung, dürfte sich auch, worauf Oertmann[2]) hinweist, nicht finden lassen.

Eine sichere Antwort auf die Frage, ob eine Leistung als Hauptleistung bzw. als ein Teil von ihr oder als Nebenleistung anzusehen ist, wird vielmehr erst die Untersuchung des Einzelfalls gewährleisten. Immerhin vermag die Theorie die endgültige Entscheidung vorzubereiten, indem auf die maßgebenden Unterscheidungsmerkmale hingewiesen wird[3]).

Besteht die Gesamtverpflichtung einer Partei beim Kaufvertrag aus mehreren Leistungsteilen und soll festgestellt werden, ob ein Leistungsteil Haupt- oder Nebenleistung ist, so muß mit Notwendigkeit auf das Verhältnis des Leistungsteils zur Gesamtleistung eingegangen werden. Hierbei sind verschiedene Wege eingeschlagen worden. Entweder man hat die einzelnen Verbindlichkeiten direkt in Verbindung zur Gegenleistung gebracht, oder man hat sie in Verbindung mit dem übrigen Teil der Gesamtleistung einer Vertragspartei gesetzt. Den ersten Weg haben Hueck[4]) und auch das Reichsgericht[5]) bei der Untersuchung der Frage der Anwendbarkeit des § 326 BGB. beim Abnahmeverzug eingeschlagen. Sie stellen es auf den wirklichen Wert der Abnahme im Rahmen des Kaufvertrages ab; die Abnahme sei nicht die der Lieferung entsprechende Gegenleistung. Gegenwert für die Lieferung sei vielmehr der Kaufpreis, während der Abnahme meist der Charakter einer Nebenleistung zukomme. Sie bringen damit die Abnahme direkt in Verbindung zur Gegenleistung.

Gegen diesen Weg hat sich besonders Schunkert[6]) gewandt. Er sagt, daß eine zweifelsfreie Feststellung, ob im Einzelfall eine Leistung an der Wechselbedingtheit von Leistung und Gegenleistung teilnimmt, nicht möglich sei, wenn man nicht auch das Verhältnis des verzögerten Leistungsteils zu der Gesamtleistung einer Vertragspartei berücksichtige. Hierin muß Schunkert beigepflichtet werden, denn bei gegenseitigen Verträgen bilden die heterogenen Teile einer Leistung eine rechtliche Einheit. Es läßt sich daher ein vertragliches Gebilde, sofern es eben einen einheitlichen Vertrag darstellt, nicht immer in der Weise zerteilen, daß bei einer aus mehreren Leistungsteilen zusammengesetzten Gesamtleistung ein beliebiger Leistungsteil einem Teil der Gegenleistung entspricht.

Bringt man die verzögerte Leistung in Verbindung mit den übrigen Leistungsteilen einer Vertragspartei, so hängt die Ent-

---

[2]) Vgl. Oertmann III S. 51 ff.
[3]) Vgl. Oertmann III S. 51.
[4]) a.a.O. S. 83.
[5]) RG. Bd. 53 S. 165; Bd. 57 S. 110.
[6]) a.a.O. S. 31 ff.

scheidung der Frage, ob eine Leistung Hauptleistung oder ein Teil der Hauptleistung ist, davon ab, ob die verzögerte Leistung ein so wesentlicher Teil der ganzen Leistung ist, daß der Rest billigerweise nicht mehr als dem Aequivalent entsprechend angesehen werden kann. Um zu entscheiden, worin das Merkmal liegt, welches eine Leistung als Hauptleistung oder einen Teil davon erscheinen läßt, ist davon auszugehen, daß, wie bereits gesagt, die begriffswesentlichen Leistungen beim Kaufvertrag den eigentlichen Vertragszweck, den Umsatz von Ware gegen Geld, ermöglichen. Der Käufer will in erster Linie die Ware, der Verkäufer das Geld. Ware und Geld stehen sich gegenüber. Die typischen Verpflichtungen müssen daher, sofern nicht der Charakter des Vertrages ein anderer sein soll, auch als Aequivalente sich gegenüberstehen. Sind im Einzelfalle noch andere Verpflichtungen vorhanden, so kommt es eben auf das Verhältnis der einzelnen Verpflichtung zu der typischen Verpflichtung an. Das kennzeichnende Merkmal für die Bewertung solcher weiteren Leistung als Voraussetzung zur Anwendung des § 326 BGB. liegt in ihrem inneren Verhältnis zum Leistungstyp und dadurch mittelbar zum Gesamtvertrage.

Nicht hierher gehören die Fälle, in denen von einem Vertragsteil noch besondere Leistungen verschiedener Art gegen Entgelt versprochen worden sind. In diesem Falle sind die außer den für den Kaufvertrag wesentlichen Leistungen bestehenden Verpflichtungen natürlich solche, denen ein Gegenwert gegenübersteht. Der Anwendbarkeit des § 326 BGB. würde in diesem Falle nichts im Wege stehen, aber es handelt sich hier nicht um einen reinen Kaufvertrag, sondern um einen gemischten Vertrag. Dieses bestreitet zwar Weisstein[7]). Seine Begründung, es liege kein Grund vor, diese Verträge als gemischte Geschäfte zu bezeichnen, sie seien Kaufverträge, bei denen eine dem Käufer obliegende Verpflichtung im konkreten Falle eine außerordentlich gesteigerte Bedeutung habe, zeigt eine Verkennung des Prinzips der Beurteilung von Leistungen, die neben den für einen Vertrag typischen Leistungen ausbedungen sind. Stehen in einem Vertragsgebilde zwei artverschiedene Verpflichtungen gleichbedeutend nebeneinander, so liegen eben zwei Verträge verschiedener Art vor, von denen jeder den speziellen Normen seiner Art unterworfen ist. Auch sie stehen in einem gewissen Verhältnis zueinander, doch wird sich dieses meist darin erschöpfen, daß das eine Schuldverhältnis als unter der stillschweigenden Bedingung der vertraglich geregelten gleichzeitigen Erfüllung des anderen vereinbart gedacht werden muß und evtl. mit dieser entfällt. Auch die Abnahmepflicht kann

[7]) a.a.O. S. 41.

in dieser Weise bewertet werden. Auch sie gehört, wie bereits gesagt, nicht zu den Leistungen, die den Vertragsparteien zur Erreichung des typischen Vertragszweckes obliegen. Die Entgeltlichkeit kommt nun hier nicht in der Weise zum Ausdruck, daß der Verkäufer einen gewissen Geldbetrag zahlt, sondern daß der Kaufpreis niedriger angesetzt wird. Von einem reinen Kaufvertrag kann man aber nur dann sprechen, wenn weder der Kaufpreis noch die Güte der Kaufsache danach bemessen werden, ob der Käufer abnehmen soll oder nicht[8]).

Ein praktisch gewordenes Beispiel für den Fall keines reinen Kaufvertrages in dem hier erörterten Sinn hat Makower[9]) gebracht.

Danach hatte die Stadt Berlin anläßlich der Verbreiterung der Potsdamer Straße, bei der die dort stehenden Bäume zum Opfer fallen mußten, einen Vertrag dahingehend geschlossen, daß die Gegenleistung des Unternehmers für die Ueberlassung der Bäume allein in der Abnahmeleistung bestand. Die Bewertung der Abnahme sei eben hier so groß, wie der Normalpreis für die Bäume gewesen wäre. Daß in diesem Fall nicht mehr von einem reinen Kaufvertrag gesprochen werden kann, dürfte auch Weisstein nicht bestreiten können. Der Unterschied, ob die Abnahme so hoch bewertet wird, daß der Kaufpreis ermäßigt wird, oder daß er ganz wegfällt, ist aber nur ein gradweiser. Deshalb muß jeder Fall, in dem eine besondere Bewertung der Abnahme in einer teilweisen Ermäßigung des Kaufpreises oder einer Herabsetzung der Güte der Kaufsache zum Ausdruck kommt, für die folgenden Untersuchungen ausgeschaltet werden.

Hier soll unter der Voraussetzung, daß ein reiner Kaufvertrag vorliegt, geprüft werden, wann ein naturale bzw. accidentale negotii an der Wechselbedingtheit von Leistung und Gegenleistung teilnimmt. Für diese Fälle ist davon auszugehen, daß die essentialia negotii in erster Linie der Erreichung des typischen Vertragszwecks dienen; doch auch die nichtbegriffswesentlichen Leistungen sind auf dieses Ziel eingestellt. Während der grundsätzliche Vertragszweck, der Umsatz von Ware gegen Geld durch die essentialia negotii gewährleistet wird, liegen die individuellen Merkmale des Vertrages in den nicht begriffswesentlichen Leistungen. Die Frage, wann diese Verpflichtungen an der Wechselbedingtheit von Leistung oder Gegenleistung teilnehmen, behandelt Staub bei seinen Untersuchungen über „Nebenleistungen, welche einen Teil der Hauptleistungen bilden"[10]). Wie die Worte Haupt- und Nebenleistungen hier zu verstehen sind, ist bereits bei der

[8]) ebenso Jacobi S. 288 in Ihr. J. Bd. 45.
[9]) Vorbem. z. § 375/76 Anm. IXc.
[10]) Exkurs zu § 374 HGB. Anm. 168.

Kritik der Meinung Sibers über die Voraussetzung der Anwendbarkeit des § 326 BGB. gesagt worden. Hier gilt es nur, das an den von Staub angeführten und gebilligten Beispielen Gemeinsame zu finden. In einem Falle[11]) hatte sich der Verkäufer verpflichtet, einen Posten Holz in meßbaren Stößen zu übergeben. Auf die Weigerung der Uebergabe in der vertraglich festgelegten Form ist der Käufer nach erfolgloser Setzung einer Nachfrist zurückgetreten. Das Reichsgericht billigt die Abweisung der Klage des Verkäufers durch das Berufungsgericht mit der Begründung, daß die Aufstellung des Holzes in meßbaren Stößen einen wesentlichen Bestandteil der Uebergabe, also einer Hauptverpflichtung bilde. Für die Entscheidung über die Bedeutung der Abnahmepflicht wird man aus diesem Beispiel insofern nichts entnehmen können, als die Abnahme bestimmt nicht als ein Bestandteil der Kaufpreiszahlungspflicht angesehen werden kann.

Nicht zu verwechseln ist hiermit der Fall, daß die Verweigerung der Abnahme gleichzeitig eine Zahlungsverweigerung enthält. Ein solcher Fall kann vorliegen, wenn der Käufer die Zahlung verweigert, nachdem er sich geweigert hat, die ihm angebotene Ware abzunehmen. In diesem Fall kann der Verkäufer zwar die Rechte aus § 326 BGB. geltend machen, aber nur deshalb, weil gleichzeitig Zahlungsverzug vorliegt. Während in diesem Falle Verzug mit zwei Leistungen vorliegt, von denen mindestens eine Hauptleistung ist, liegt in dem von Staub angeführten Fall Verzug mit einem Teil einer Leistung vor, der aber so wichtig ist, daß hierin der Verzug mit der ganzen einen Leistung zum Ausdruck kommt. Die hier zur Entscheidung stehende Frage ist aber, ob ein Verzug mit der Abnahme allein, ohne daß gleichzeitig Zahlungsverzug eintritt, als Teil der Hauptleistung angesehen werden kann und damit zur Anwendung des § 326 BGB. berechtigt.

Neben dem bereits genannten Fall, bei dem der besondere Fall der Nebenabrede in ihrer natürlichen Eigenart liegt, bringt Staub noch eine andere Gruppe von Beispielen[12]). Hatte sich der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer die Handhabung gelieferter Maschinen zu zeigen, die Geheimnis des Verkäufers ist, oder hatte sich der Verkäufer von 100 Zentner Bonbons, die in mehrere Kisten verpackt waren, verpflichtet, im Frachtbrief jede einzelne Kiste mit Nummern, Brutto- und Taragewicht abzuführen, so ist hier die Nebenabrede nicht als Bestandteil der begriffswesentlichen Leistung des Verkäufers anzusehen. Das Charakteristische bei der letzten Gruppe von Fällen ist, daß durch die Eigenart des Ver-

[11]) RG. in Leipz. Ztschr. 1912 S. 387.
[12]) Exkurs zu § 374 Anm. 168.

hältnisses der nichtbegriffswesentlichen Leistungen zum essentiale negotii der Zweck, der der Inhalt des Schuldverhältnisses im Einzelnen sein soll, erst durch die besondere Nebenabrede erreicht wird.

Danach läßt sich leicht ermitteln, ob eine Leistung, die nicht zu den typischen Käufer- bzw. Verkäufer-Leistungen gehört, an der Wechselbedingtheit von Leistung und Gegenleistung teilnimmt. Läßt sich der Vertragszweck ohne die Erfüllung der nichtbegriffswesentlichen Leistungen nicht verwirklichen, so ist erwiesen, daß die nichtbegriffswesentlichen Leistungen insoweit als Teil der Hauptleistung anzusehen sind und damit an der Wechselbedingtheit von Leistung und Gegenleistung teilnehmen.

Mit dem bisherigen Ergebnis ist allerdings nur der allgemeine Gesichtspunkt gefunden, nachdem bei der Beurteilung der Frage, ob eine Leistung an der Wechselbedingtheit von Leistung und Gegenleistung teilnimmt, vorgegangen werden muß. Im Einzelfall wird die Frage, ob der Vertragszweck auch ohne die nichtbegriffswesentlichen Leistungen erfüllt werden kann, von verschiedenen Umständen abhängig sein. Einmal kann es der Charakter des Geschäfts sein; ein Beispiel hierfür ist die Einhaltung der Lieferzeit beim Fixgeschäft, auch kann es die Natur des verkauften Gegenstandes bedingen, daß eine nichtbegriffswesentliche Leistung an dem Synallagma teilnimmt. Schließlich kann eine solche Leistung, ohne daß die Natur des Geschäfts oder des verkauften Gegenstandes es verlangen, zu einem Teil der Hauptleistung werden, wenn ihr nach dem Willen der Beteiligten, wie er bei dem Vertragsschluß seinen Ausdruck gefunden hat, oder sich aus den Umständen ergibt, eine wesentliche Bedeutung beigelegt wird. Diesen Gedanken hat das Reichsgericht ausdrücklich ausgesprochen[13]). Danach können die Parteien bestimmen, was eine Hauptleistung sein solle. Auch insofern gelte Vertragsfreiheit. Stelle die nichtbegriffswesentliche Leistung also etwas dar, worauf es der einen oder der anderen Partei in höherem Grade ankomme, was sie unter allen Umständen erlangen wolle, so sei es deshalb für sie keine Nebensache, auf die sie keinen großen Wert lege. Ist eine Vereinbarung derartig getroffen, so gehöre ihre Erfüllung im Sinne des Vertrages zur Hauptleistung und der Schuldner, der sie nicht bewirke, setze sich damit den Folgen aus, die sich beim Verzuge mit der Hauptleistung ergäben.

Der Gedanke, den das Reichsgericht hier ausgesprochen hat, paßt sich in die entwickelten Grundsätze von der Erreichung des Vertragszwecks ein. Durch den Willen der Vertragsschließenden

[13]) RG. Bd. 101 S. 431.

bekommt der Vertrag eine derartig individuelle Ausgestaltung, daß er nur erreicht wird, wenn auch die nichtbegriffswesentliche vereinbarte Vertragspflicht erfüllt wird.

Zu einem ähnlichen Ergebnis wie hier kommen Düringer-Hachenburg[14]). Sie unterscheiden Nebenverpflichtungen, durch deren Nichterfüllung die Nichterfüllung der Hauptverpflichtung zum Ausdruck kommt (z. B. die vereinbarungswidrige Nichtversendung der Ware beim Distanzkauf, weil Verkäufer überhaupt nicht leisten will). Sie sprechen ferner von Nebenpflichten, die nach dem Willen der Vertragsparteien oder der Natur des Rechtsgeschäfts so wesentlich sind, daß dasselbe ohne ihre Erfüllung überhaupt nicht gewollt ist. (So z. B. die Einhaltung der Lieferungsfrist beim Fixgeschäft.) Der Unterschied ihrer Formulierung mit der hier gebrauchten Einteilung liegt darin, daß das Abhängigkeitsverhältnis von Hauptpflichten zu Nebenpflichten, unter denen sie offenbar alle Verpflichtungen, die naturalia oder accidentalia negotii sind, verstehen, nicht klar hervorgehoben wird. Dieses ist aber die Grundlage für die Beurteilung von Verpflichtungen, die nicht zu den für einen Vertrag typischen gehören. Außerdem zählen Düringer-Hachenburg zu den genannten Fällen noch den Fall eines gemischten Vertrages. Dieser gehört aber nicht an diese Stelle, wie bereits dargelegt ist.

§ 6.

Die Abnahmepflicht ist nur ausnahmsweise eine Leistung, die zur Geltendmachung der Rechte aus § 326 Abs. 1 Satz 3 berechtigt.

Es gilt nun, aus den gewonnenen allgemeinen Grundsätzen die Nutzanwendung für die Bewertung der Abnahmepflicht zu ziehen. Beim Kaufe einer beweglichen Sache wird die Abnahme in der Regel nicht eine solche Bedeutung haben, daß sie als Teil der Hauptleistung angesehen werden kann. Im allgemeinen werden die Parteien bei Eingehung eines Vertrages an die Abnahme nicht gedacht haben. Der Käufer kaufte die Sache in der Absicht, sie erwerben zu wollen, während das Interesse des Verkäufers sich im allgemeinen darin erschöpfen wird, den Kaufpreis zu erhalten. Wegen des Kaufpreises wollte er auf das stärkste Recht an der

[14]) Bd. V 1, S. 126.

verkauften Sache, auf das Eigentum verzichten. Wenn aber die Parteien beim Abschluß des Vertrages im allgemeinen an die Abnahme überhaupt nicht gedacht haben, so kann auch bei der Erfüllung des Vertrages diesem naturale negotii keine besondere Bedeutung zugelegt werden. Denn hat der Verkäufer den Kaufpreis erhalten, also das, worauf es ihm bei Vertragsabschluß allein ankam, so ist dabei sein Interesse am Vertrage in der Hauptsache erledigt, der eigentliche Vertragszweck erreicht. Hat der auf Abnahme klagende Verkäufer an der Abnahme nicht nur kein besonderes Interesse, sondern ist es ihm sogar noch erwünscht, daß die verkaufte Sache in seinem Interessenkreis bleibt, so wird man ihm einen Rechtsschutz überhaupt versagen müssen[1]), wenn dem Käufer die Erfüllung seiner Abnahmepflicht Schaden bereiten würde. Denn Voraussetzung für die Geltendmachung eines Rechts aus einem Schuldverhältnis ist nach dem BGB. das Vorhandensein eines schutzwürdigen Interesses. Abgesehen von diesem Ausnahmefall bleibt dem Verkäufer aber immer die Klage auf Abnahme, sofern die Abnahmepflicht nicht vertraglich ausgeschlossen ist. Auch den durch den Verzug mit der Abnahme entstehenden Schaden kann der Verkäufer nach § 286 BGB. geltend machen, nur kann er in diesen Fällen nicht auch den ganzen Vertrag nach § 326 BGB. zerschlagen.

Andererseits darf nicht verkannt werden, daß es auch Fälle gibt, in denen die Abnahme für den Verkäufer eine ganz außerordentlich große Bedeutung hat. In diesen Fällen wird der Verkäufer erst durch die Erfüllung der Abnahmepflicht in den Zustand versetzt, welcher ihm den vollen Genuß des Vorteils zuführt, der ihm aus dem Kaufvertrag erwachsen soll. Eine solche Bedeutung der Abnahmepflicht kann einmal durch die besonderen Umstände des Einzelfalls begründet sein. Wenn das Verbleiben der verkauften Sache in dem Interessenbereich des Verkäufers auf seine wirtschaftliche Betätigung drückt und ihn auf diese Weise hindert, seine wirtschaftlichen Kräfte frei zu entfalten und auszunutzen, so erschöpft sich das Interesse am Vertrage für den Verkäufer nicht in der Zahlung des Kaufpreises. Auch das bloße Vorhandensein leeren Raumes ist für den Verkäufer insofern vermögenswerbend, als ihm hierdurch die Möglichkeit gegeben wird, durch Anschaffung anderer Waren neue Umsätze zu tätigen. In allen Fällen, in denen die abzunehmende Sache durch ihr raumfüllendes, körperliches Vorhandensein dem Verkäufer Gewinnchancen nimmt oder indem sie ihm unmittelbar Vermögensnachteile bereitet, muß man daher die Abnahmepflicht als Teil der

[1]) § 226 BGB.

Hauptleistung anerkennen. Ist z. B. der Betrieb einer Kohlengrube auf einen großen Lieferungsvertrag eingestellt, so liegt es in der Natur der Sache, daß dessen ordnungsmäßige Durchführung durch die Abnahme seitens des Käufers bedingt ist[2]). Eine Nichtabnahme der Kohlen und deren Liegenbleiben bei dem Verkäufer muß den ganzen Betrieb erheblich stören. Noch deutlicher tritt der durch die Natur des Geschäfts bedingte besondere Wert der Abnahme in einem anderen vom Reichsgericht entschiedenen Falle entgegen[3]). Hier war die Jahresproduktion einer Ziegelei an Mauer- und Backsteinen verkauft. In diesem Falle ist nicht nur zur Fortführung des Betriebes eine schnelle Räumung des Lagerplatzes erforderlich gewesen, sondern auch wegen der Beschäftigung von Arbeitern, die zum Verladen der Steine und Ziegel angenommen waren. Nimmt nun der Käufer nicht ab, so ist eine ausreichende Beschäftigung der Arbeiter nicht möglich. Eine besondere, durch die Natur des Geschäfts bedingte Bedeutung wird man der Abnahmepflicht im allgemeinen zubilligen, im Großhandel bei Lieferung von Massenprodukten und Massenartikeln[4]), bei Verkäufen ab Schiff[5]) oder bei Verkauf von Holz auf dem Stamm[6]).

Hiermit sind natürlich die Fälle, in denen der Abnahme aus der Natur des Geschäfts eine besondere Bedeutung zukommt, nicht erschöpft. Die Beispiele sollen nur zeigen, daß sich nach den hier entwickelten Grundsätzen im Einzelfalle leicht entscheiden läßt, ob die Abnahme als Teil der Hauptleistung anzusehen ist.

Auch die Natur der verkauften Sache kann eine besondere Bedeutung der Abnahme bedingen. Ist Gegenstand des Kaufs eine leicht verderbliche Ware, so besteht die Gefahr, daß im Falle der nicht rechtzeitigen Abnahme andere beim Verkäufer lagernde Ware in Mitleidenschaft gezogen wird und dem Verkäufer infolgedessen ein ungeheuer großer Schaden entsteht. In solchen Fällen muß dem Verkäufer die Möglichkeit gegeben werden, den ganzen Vertrag aufzulösen.

Schließlich kann der besondere Wert der Abnahme, wenn er sich aus den Umständen nicht ergibt, darin liegen, daß vertraglich ausgemacht ist, die Abnahme solle zur Hauptleistung gehören, wobei es gleichgültig ist, ob eine solche Verpflichtung des Käufers stillschweigend oder ausdrücklich vereinbart worden ist.

Die hier vertretene Ansicht, daß die Abnahme nur ausnahmsweise als ein Teil der Hauptleistung

---

[2]) Recht 05 S. 470.
[3]) Recht 07 S. 247.
[4]) Vgl. Recht 1929 Nr. 1229.
[5]) Vgl. Leipziger Ztg. 1926, S. 109.
[6]) Vgl. JR. 1926 Nr. 244.

anzusehen ist, ist heute die herrschende. Sie wird vor allen Dingen in der Praxis des Reichsgerichts in ständiger Rechtsprechung vertreten[7]). In der Literatur wird die hier vertretene Auffassung geteilt von Oertmann[8]), Staudinger[9]), Staub[10]), Planck[11]), Söergel[12]), Komm. der RGR.[13]), Hohenstein[14]), Weisstein[15]), Hueck[16]), Jacobi[17]), Kleineidam[18]), Kisch[19]). Ihre Begründung ist im Wesentlichen die gleiche. Sie stellen es auf die wirtschaftliche Bedeutung der Abnahme ab.

Das hier gefundene Ergebnis entspricht auch durchaus der Billigkeit und dem Verkehrsbedürfnis. Dies wollen zwar Düringer-Hachenburg[20]) nicht anerkennen. Die Nachteile, die dem Verkäufer dadurch entständen, daß die verkaufte Ware nicht abgenommen wird und daß er sie infolgedessen nicht übergeben und ihre Gefahr weitertragen müsse, könnte vielfach in Geld überhaupt nicht ausgedrückt werden; deshalb müsse die Abnahme in jedem Falle als Teil der Hauptleistung angesehen werden. Wollte man die Abnahme anders bewerten, d. h. dem Verkäufer den Rücktritt und damit die Möglichkeit der sofortigen anderweitigen Verfügung über den Kaufgegenstand unmöglich machen, so werde der Verkäufer in vielen Fällen genötigt, anstatt den Schaden in einfacher Weise abzuwenden, zunächst alle nachteiligen Folgen des schuldhaften Verhaltens des Käufers über sich ergehen zu lassen und dann wegen der Ausgleichung des Schadens u. U. langwierigen Prozeß zu führen.

Diese Beweisführung ist nicht überzeugend. Daß der Verkäufer nach Eintritt des Abnahmeverzugs weiterhin die Gefahr für die verkaufte Sache tragen müsse, ist nicht zutreffend. Denn der in Abnahmeverzug geratene Käufer kann, falls er nicht dadurch gleichzeitig in Annahmeverzug geraten ist, vom Verkäufer leicht in Annahmeverzug gesetzt werden. Dann stehen diesem aber auch die daraus sich ergebenden Rechte zu. Nach § 300 Abs. 2 BGB. geht die Gefahr spätestens mit dem Zeitpunkt auf den Käufer über, in welchem er dadurch in Annahmeverzug kommt, daß er die angebotene Sache nicht annimmt. Auch besteht bei der hier in Ueber-

---

[7]) RG. Bd. 53 S. 165; 56 S. 171; 57 S. 110; 69 S. 107.
[8]) Komm. z. BGB. § 326 Anm. 3e.
[9]) a.a.O. 433 Anm. IX 2e.
[10]) Exkurs z. § 374 HGB. Anm. 161 ff.
[11]) a.a.O. § 433 Anm. 7b.
[12]) a.a.O. § 326 B I 2.
[13]) a.a.O. § 326 Anm. 1
[14]) Gruch. Bd. 48 S. 721.
[15]) a.a.O. S. 32 ff.
[16]) a.a.O. S. 82 ff.
[17]) Jhr. J. S. 287, Bd. 45.
[18]) a.a.O. S. 129.
[19]) a.a.O. S. 7, 8.
[20]) a.a.O. Bd. V 1, S. 142.

einstimmung mit der herrschenden Lehre vertretenen Auffassung das Recht zum Rücktritt vom Vertrage gerade in den Fällen, in denen durch die Nichtabnahme ein in Geld schwer auszugleichender Schaden entstehen könnte. Zu welchen Härten und Unbilligkeiten aber eine mechanische Anwendung des § 326 BGB. beim Verzug mit der Abnahme führen würde, zeigt ein Fall, den das RG.[21]) zu entscheiden hatte: Betrifft ein Meinungsstreit der Vertragsschließenden lediglich die Zeit, wann abzunehmen sei — am 1. September oder am 1. November, so würde, wenn festgestellt wird, es sei am 1. September abzunehmen gewesen, die Anwendung des § 326 BGB. schlechthin unbillig sein, wenn lediglich der Streit um das Datum der Abnahme und keine anderen ein besonderes Interesse an der Abnahme bedingenden Gründe zur Anwendung des § 326 BGB. führen würden.

Auch die Fassung des Gesetzes steht der hier vertretenen Auffassung nicht entgegen[22]). Daß das Wort „und" zwischen Zahlungs- und Abnahmepflicht im Abs. 2 des § 433 BGB. rein äußerlich ist, wurde bereits bei der Untersuchung der Frage, ob die Abnahmepflicht als essentiale negotii oder als naturale negotii aufzufassen ist, dargelegt. Auch ist es unrichtig, wenn Schöller[23]) glaubt, daß die Abnahme immer deshalb als Teil der Hauptleistung angesehen werden müsse, weil die Motive ausdrücklich betonen, daß eine Abnahmepflicht im Gesetz anzuerkennen sei. Eine klagbare Pflicht der Abnahme mußte anerkannt werden, weil die rechtlichen Möglichkeiten des Verkäufers, die verkaufte Sache aus seinem Interessenbereich herauszubringen, ohne sich schadensersatzpflichtig zu machen, unvollständig waren. Das hat aber nichts mit der Frage zu tun, ob die Abnahmepflicht, wenn sie als klagbare Pflicht anerkannt wird, eine solche Bedeutung hat, daß sie an der Wechselbedingtheit der beiderseitigen Vertragsleistungen teilnimmt. Auch Düringer-Hachenburg[24]) weisen mit besonderem Nachdruck auf die Mängel des Selbsthilfeverkaufs hin. Dieser Hinweis ist aber aus zwei Gründen verfehlt: einmal wird der Fall, daß der Verkäufer zahlt, aber nicht abnimmt, selten sein, ist es aber doch der Fall, so hat der Verkäufer ja auch bei der hier vertretenen Auffassung die Möglichkeit, bei bloßem Abnahmeverzug die Rechte aus § 326 BGB. geltend zu machen. Hat er aber kein besonderes Interesse an der Abnahme, so ist es durchaus billig, wenn er abwartet, bis seine Klage auf Abnahme vollstreckungsreif

---

[21]) Bd. 57 S. 111.
[22]) Hierauf stützen sich insbes. Zander a.a.O. S. 328, Endemann § 159 Anm. 24; Düringer-Hachenburg Bd. V 1 S. 142. Schöller, Gruch. 46 S. 10 f.
[23]) a.a.O. S. 10.
[24]) a.a.O. Bd. V 1 S. 142.

ist und die Erfüllung der Abnahmepflicht des Käufers durch das Vollstreckungsorgan durchgeführt wird.

Indem Zander[25]) nicht verkennt, daß es Fälle gibt, in denen der Abnahmepflicht weder nach den Umständen, noch nach der Parteiabrede ein besonderer Wert beizulegen ist, glaubt er, daß nach § 433 Abs. 2 BGB. die Abnahmepflicht in der Regel als Teil der Hauptleistung angesehen werden müsse. Der Gesetzgeber habe die Abnahmepflicht im § 433 Abs. 2 BGB. zu einer selbständigen Schuldnerpflicht erklärt und sie dort neben die Zahlungspflicht gestellt, ohne erkennbar gemacht zu haben, daß die Zahlungspflicht Hauptleistung, die Abnahmepflicht Nebenleistung sein solle. Daher könne die Abnahmepflicht nur dort, wo die besonderen Umstände eine andere von den Parteien gewollte Absicht erkennen lassen, als Nebenpflicht behandelt werden. Theoretisch dürften Zander und die hier vertretene Ansicht zu dem gleichen Ergebnis gelangen. Praktisch würde aber insofern ein Unterschied bestehen, als bei der hier vertretenen Ansicht der Verkäufer sein besonderes Interesse an der Abnahme zu beweisen hätte, während nach Zanders Ansicht der Käufer beweisen müßte, daß der Verkäufer kein besonderes Interesse an der Abnahme hat.

Zander's Ansicht kann nicht als richtig anerkannt werden. Zuzugeben ist zwar, daß im Gesetz eine verschiedene Bewertung der Zahlungs- und Abnahmepflicht nicht erkennbar ist. Daraus aber, daß die Zahlungspflicht essentiale negotii, die Abnahme naturale negotii ist, geht hervor, daß die Verbindung der beiden Leistungspflichten des Käufers durch das Wort „und" eine rein zufällige ist. Auch für die Frage der Beweislast können daher aus der Fassung des Gesetzes keine Schlüsse gezogen werden.

Auch aus einem anderen Grunde halten Düringer-Hachenburg die hier vertretene Auffassung nicht für richtig[26]). Sie behaupten, daß die Abnahme, die der Verpflichtung des Verkäufers zur Uebergabe aequivalente Leistung sei. Mit dieser Behauptung stellen sie § 433 Abs. 1 BGB. dem Abs. 2 gegenüber und bringen offenbar die einzelnen Leistungen derartig in Verbindung, daß die Abnahmepflicht der Uebergabepflicht, die Kaufpreiszahlungspflicht der Eigentumsverschaffungspflicht, entspricht. Schon rein äußerlich muß eine derartige Aufteilung der Gesamtleistung einer Partei Bedenken erregen, denn die Abnahme ist, wie bereits gesagt wurde, ein naturale negotii[27]), kann also, ohne daß an der Natur des Kaufvertrages etwas geändert würde, von den Parteien

[25]) a.a.O. S. 328.
[26]) a.a.O. Bd. V 1 S. 142.
[27]) a. M. Düringer-Hachenburg a.a.O. Bd. V 1 S. 141.

ausgeschlossen werden. In diesem Falle würde, wollte man eine derartige Zerteilung der Gesamtleistung überhaupt zulassen, die Uebergabe in der Luft schweben, da ihr Aequivalent ja ausgeschlossen ist. Aber selbst wenn die Abnahme nicht ausgeschlossen ist, also auf der einen Seite Uebergabe und Eigentumsverschaffungspflicht, auf der anderen Seite Kaufpreiszahlungs- und Abnahmepflicht sich gegenüberstehen, würde nicht etwa ein doppeltes synallagmatisches Schuldverhältnis vorliegen. Denn die ausdrückliche Gesetzesbestimmung, daß der Verkäufer neben der Eigentumsverschaffungspflicht noch die Pflicht zur Uebergabe hat, ist überflüssig. Der Eigentumsverschaffungspflicht kann nach § 929 Abs. 1 BGB. nur Genüge geleistet werden, wenn der Verkäufer übergibt — sofern nicht ein Traditionssurrogat gewählt wurde — und sich mit der Uebertragung des Eigentums einverstanden erklärt. Die Uebergabepflicht ist also als Bestandteil in der Eigentumsverschaffungspflicht enthalten. Allerdings gibt es einen Fall, bei dem wenigstens in gewissem Sinne die Uebergabe neben der Eigentumsverschaffung steht[28]). Wenn nämlich der Verkäufer nicht Eigentümer ist und der Verkäufer dieses weiß, so kann der Verkäufer zwar gemäß § 433 BGB. seine Uebergabepflicht erfüllen, sofern er sich schon im Besitz der Sache befindet, während er der Eigentumsverschaffungspflicht erst dadurch genügen kann, daß er selbst das Eigentum erwirbt und sich dann gemäß § 929 S. 2 BGB. zur Uebertragung bereiterklärt. Dieser Fall ist aber als Ausnahme gegenüber dem des § 929 S. 1 anzusehen und daher nicht geeignet, die Uebergabepflicht allgemein als vollwertig n e b e n der Eigentumsverschaffungspflicht anzuerkennen, so daß die Abnahmepflicht als Aequivalent der Uebergabepflicht angesehen werden könnte, weil beide Leistungen das räumlich-lokale Element vertreten. Auf Seiten des Verkäufers liegt vielmehr nur eine Pflicht vor, die Eigentumsverschaffungspflicht, in der die Uebergabepflicht bereits enthalten ist. Auf Seiten des Käufers besteht die Zahlungspflicht, die sich ja auch aus einem räumlich lokalen Element, der Uebergabe, und der Einigung über den Eigentumsübergang des Geldes zusammensetzt und daneben die Abnahmepflicht. Wollte man trotzdem mit Düringer-Hachenburg den Leistungsteil, der das räumlich-lokale Element auf Seiten des Verkäufers darstellt, der Abnahme gegenüberstellen, so müßte folgerichtig dem räumlich-lokalen Teil der Zahlungspflicht eine entsprechende Bestimmung auf Seiten des Verkäufers gegenüberstehen. Eine Abnahmepflicht des Verkäufers besteht aber, wie aus dem Gesetz hervorgeht, nicht. Ein Zerlegen und Gegenüberstellen der einzelnen Leistungsteile

[28]) Hierauf weist Weisstein a.a.O. S. 40 hin.

der Vertragsparteien beim Kauf in dem von Düringer-Hachenburg vorgeschlagenen Sinne, ist nach dem Gesagten nicht möglich.

Noch eine Erwägung ist es, auf die sich die Gegner der hier vertretenen Auffassung stützen[29]): Die Verwandtschaft der Spezifikationspflicht mit der Abnahmepflicht. Im § 375 HGB. ist ausdrücklich bestimmt, daß der Verkäufer, wenn der Käufer mit der Spezifikation in Verzug kommt, diese statt des Käufers vornehmen oder die Rechte aus § 326 BGB. geltend machen kann. Es wird nun behauptet, daß zwischen der Pflicht des Käufers zur Abnahme und der Pflicht zur Spezifikation nur ein gradweiser Unterschied bestehe; auch träfen die für die letzteren gemachten Erwägungen der Denkschrift zum zweiten Entwurf eines HGB. auch für die Abnahmepflicht zu[30]).

Die Spezifikation ist zwar ebenso wie die Abnahme eine wirkliche Pflicht des Schuldners, nicht nur ein Recht desselben, doch ist zu beachten, daß die Spezifikationsverpflichtung eine wichtige durch die äußeren Umstände des Handelsverkehrs hervorgehobene Pflicht des Käufers ist. Die Ausübung der Spezifikation ermöglicht der Gegenpartei, dem Verkäufer erst die Erfüllung seiner Hauptverpflichtung. Er kann das Vertragsobjekt nicht übergeben, es ist ihm ohne die Erklärung des Käufers nicht möglich, es aus der Masse seines Vermögens herauszunehmen und in die vertraglich festgelegte Form zu bringen. Die Abnahmepflicht des Verkäufers korrespondiert aber lediglich mit der Uebergabehandlung. Dieser Unterschied hat einmal dazu geführt, daß dem Verkäufer im § 375 HGB. das Recht zugebilligt worden ist, statt des Käufers die Spezifikation vorzunehmen. Diese Vorschrift reicht aber, wie die Denkschrift hervorhebt, zur Wahrung der Interessen des Käufers nicht aus. Denn es besteht die Gefahr, daß der mit der Spezifikation säumige Käufer schließlich die Ware auch nicht abnehmen und bezahlen wird. In diesem Falle wäre Zeit und Arbeit für die von dem Verkäufer vorgenommene Herstellung der Waren nutzlos aufgewendet und der Verkäufer würde sich gerade durch diese Tätigkeit der Gefahr erheblicher Verluste aussetzen. Aus diesen in der Denkschrift gemachten Erwägungen durfte daher, falls der Käufer mit der Vornahme der Spezifikation säumig ist, dem Verkäufer die Möglichkeit nicht versagt werden, sich von der Ausführung des Auftrags durch die Gewährung der Rechte des § 326 BGB. ganz zu befreien. Diese Gesichtspunkte können aber nicht auch auf den Abnahmeverzug zutreffen. Denn die in der Denkschrift gemachten Erwägungen für die Anwendbarkeit des § 326

[29]) Flcck a.a.O. S. 254, Crome Bd. 2 § 215 Anm. 44; Düringer-Hachenburg Bd. V 1 S. 142.

[30]) a.a.O. S. 234.

BGB. betreffen ja gerade eine Tätigkeit des Verkäufers zu einer Zeit, in der die Ware noch garnicht abnahmefähig gemacht ist, sondern erst abnahmefähig gemacht wird. Um zu verhindern, daß diese Tätigkeit nutzlos ist, und für den Verkäufer schädlich wirkt, sind diesem im Falle des § 375 HGB. auch die Rechte aus § 326 BGB. gegeben worden. Gegen die hier vertretene Auffassung spricht auch nicht, daß auf Grund der gesetzlichen Anerkennung einer klagbaren Pflicht auf Abnahme allgemein die Auffassung vertreten wird, daß der Käufer, falls es die Natur des Geschäfts verlangt oder ortsüblich ist, verpflichtet ist, zur Ermöglichung der Ablieferung der verkauften Sache mitzuwirken. Diese Pflicht ist nur eine Folge der Abnahmepflicht, sie besteht nicht als Teil derselben[31]). Die von Düringer-Hachenburg vertretene Auffassung, daß die in der Denkschrift gemachten Erwägungen auch auf die Abnahmepflicht zuträfen, läßt sich nach dem Gesagten nicht halten. Sie bestätigen gerade, daß der Unterschied zwischen Abnahmepflicht und Spezifikationspflicht nicht nur ein Gradweiser, sondern auch ein Unterschied im Wesen der beiden Verpflichtungen ist. Mit dieser Feststellung ist auch die letzte Stütze für die Auffassung, daß die Abnahme stets als ein Teil der Hauptleistung anzusehen sei, fortgefallen.

§ 7.

Die Wirkung einer teilweisen Erfüllung auf den ganzen Vertrag und die von § 326 Abs. 1, Satz 3, BGB erfaßten Fälle einer teilweisen Erfüllung.

Auf Grund der bisherigen Untersuchungen ist zwar der Nachweis dafür erbracht worden, daß § 326 Abs. 1 Satz 3 BGB. beim Verzug mit der Abnahme nur ausnahmsweise Anwendung finden kann, nicht dagegen ist festgestellt worden, welche Wirkungen die Nichterfüllung der Abnahme auf den ganzen Vertrag hat, falls sie als Teil der Hauptleistung anzusehen ist. Der normale, von § 326 Abs. 1 Satz 3 BGB. umfaßte Fall ist, worauf bereits früher hingewiesen wurde, derjenige, daß der Schuldner mit der ganzen Hauptleistung im Verzuge ist und während des Laufs der ihm vom Gläubiger gesetzten Frist die Hauptleistung teilweise erfüllt. Besteht nun beim Kaufvertrag die Hauptleistung des Käufers aus Zah-

[31]) ebenso RG. Bd. 57 S. 109.

lungs- und Abnahmepflicht, so werden normalerweise 2 Fälle von § 326 Abs. 1 Satz 3 BGB. ergriffen. Einmal der Fall, daß der in Verzug geratene Käufer während des Laufs der Frist einen Teil der gekauften Sache abnimmt und bezüglich dieses Teils auch den Kaufpreis zahlt, außerdem aber auch der Fall, daß der Käufer während des Laufs der Frist die ganze Sache zahlt, aber nicht abnimmt. Im ersten Fall liegt eine quantitative teilweise Erfüllung, im zweiten Fall eine qualitative teilweise Erfüllung vor. Es ist allgemein anerkannt, daß der Gläubiger im ersten Fall unter Umständen nicht das Recht hat, den ganzen Vertrag zu zerschlagen. Denn es gibt Fälle, in denen der Verkäufer an der beiderseitigen teilweisen Erfüllung Interesse hat und in denen die Leistung des Nichtsäumigen teilbar ist, so daß sie entsprechend dem geleisteten Teil des säumigen Käufers herabgesetzt werden kann. Will der nichtsäumige Vertragsteil den ganzen Vertrag zerschlagen, so wird aber, falls der Gläubiger den Nachweis zu erbringen sucht, daß er an der beiderseitigen Erfüllung des geleisteten Teils kein Interesse hat, auf den Grundsatz pacta sunt servanda Rücksicht zu nehmen sein. Dieser vom Reichsgericht[1]) ausdrücklich für § 326 anerkannte Grundsatz hat auch sonst im Bürgerlichen Gesetzbuch seine Billigung gefunden, so beim Kauf im § 459 Abs. 1 Satz 2, § 468 S. 2, bei der Miete im § 542 Abs. 2, beim Dienstvertrag in § 616, beim Werkvertrag in § 643 Abs. 3. Man wird daher dem Gläubiger das Recht zur Zerschlagung des ganzen Vertrages nicht schon dann geben, wenn der Schuldner die Hauptleistung bis auf einen geringen Rest erfüllt hat.

Liegt ein Fall einer teilweisen qualitativen Erfüllung vor, so ist streitig, ob ein Fall denkbar ist, in dem der Verkäufer an einer teilweisen Erfüllung Interesse haben kann. Makower[2]) bejaht diese Frage. Wenn § 473 BGB. für den dort behandelten Fall den Kaufpreis zu den anderweitigen Leistungen des Käufers dadurch in meßbare Beziehung setze, daß er Veranschlagung des Wertes der letzteren in Geld vorschreibt, so gebe diese Bestimmung einen Fingerzeig dafür, bezüglich welchen Teils der Gegenleistung der teilweise Eücktritt vom Vertrage gemäß § 326 möglich sei. Ein Beispiel, auf den Verzug mit der Abnahme als Teil der Hauptleistung zugeschnitten, gibt Makower nicht. Es dürfte sich auch keins bilden lassen. In den Fällen, in denen der Nichtsäumige an dem geleisteten Teil Interesse hat, muß auch er einen entsprechenden Teil seiner Leistung erfüllen. Die Abnahme läßt sich deshalb nicht in meßbare Beziehung zum Kaufpreis gemäß § 473 BGB.

[1]) Vgl. RG. Bd. 76, S. 150; RG. in LZ. 1913 S. 485.
[2]) a.a.O. S. 1198.

setzen, weil sie nicht irgendeinem bestimmten Teil der Gegenleistung entspricht und daher im Falle des Verzuges mit der Abnahme der Gläubiger bezüglich dieses Teils zurücktreten kann. Denn wenn die Abnahme ein Teil der Hauptleistung ist, dann will der Verkäufer eben die ganze Ware aus seinem Interessenkreis herausgeschafft haben. Dieses Ziel kann er aber nur erreichen, wenn er vom ganzen Vertrag loskommt und dann über die Ware, die den Gegenstand des Kaufes bildet, verfügt. Im Falle einer qualitativen teilweisen Erfüllung des Kaufvertrages durch den Käufer kann daher der Verkäufer, wenn die Zahlungspflicht und die Abnahmepflicht die ganze Hauptleistung darstellen, niemals Interesse haben[3]).

Bei den bisherigen Untersuchungen über die Wirkungen sowohl einer qualitativen wie einer quantitativen teilweisen Erfüllung war von den normalen von § 326 Abs. 1 Satz 3 BGB. umfaßten Fällen ausgegangen worden. Unerörtert ist dagegen die Frage geblieben, ob nicht noch andere Fälle unter die genannte Gesetzesbestimmung fallen. Es läßt sich der Fall denken, daß der Schuldner mit einem Teil der Hauptleistung im Verzuge ist und ihm darauf vom Gläubiger eine Frist gesetzt wird mit der Erklärung, daß er nach Ablauf der Frist vom g a n z e n Vertrage zurücktreten werde. Liegt dann, wenn der Schuldner während des Laufs der Frist nichts mehr leistet, ebenfalls ein Fall vor, der nach § 326 Abs. 1 Satz 3 BGB. zu beurteilen ist?

Eine Ausdehnung der genannten Gesetzesbestimmung auf diesen Fall wollen Planck[4]), Romeick[5]) und das Reichsgericht in einer Entscheidung des 2. Zivilsenats[6]) dahin nicht zulassen. Nach ihrer Meinung behandelt § 326 Abs. 1 S. 3 nur den Fall, daß eine Teilleistung nach gesetzter Frist — nachdem vorher zur Zeit der Fristsetzung die ganze Leistung verzögert gewesen war — erfolgt ist. Für diesen Standpunkt spricht allerdings der Wortlaut des Gesetzes. Die vom 5. Zivilsenat des Reichsgerichts in einer Entscheidung[7]) vertretene entgegengesetzte Auffassung, daß auch der Wortlaut des § 326 Abs. 1 Satz 3 BGB. nicht zu der Auslegung zwinge, daß die teilweise Nichterfüllung in die Frist fallen müsse, kann nicht gebilligt werden[8]). Denn § 326 Abs. 1 Satz 3 BGB. schließt sich unmittelbar an die Regelung der ersten beiden Sätze des § 326 BGB. an. Danach kann der Wortlaut des dritten Satzes: „Wird die Leistung bis zum Ablauf der Frist teilweise nicht bewirkt“ nur

[3]) Im Ergebnis übereinstimmend Düringer-Hachenburg Bd. V 1, S. 125, 143.
[4]) a.a.O. § 326 Anm. 4 a ß.
[5]) a.a.O. S. 74.
[6]) RG. Bd. 58 S. 421.
[7]) RG. Bd. 50 S. 141.
[8]) Uebereinstimmend Jacobi a.a.O. S. 235 in Gruch. 50.

den Fall treffen, daß nach der Aufforderung und Fristbestimmung gemäß S. 1 ein Teil der Leistung, mit welcher der Schuldner im Verzuge war, und auf den sich die Aufforderung nach Satz 1 bezogen hatte, bewirkt war.

Romeick[9]) vertritt den Standpunkt, der Fall des Teilverzuges, bei dem vom Gläubiger eine Frist mit der Erklärung bestimmt worden ist, daß er nach fruchtlosem Ablauf der Frist vom ganzen Vertrage zurücktreten werde, sei vielmehr nach § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB. zu beurteilen. Denn die unter Fristsetzung und dem Präjudiz, daß andernfalls die ganze Erfüllung, einschließlich des schon bewirkten Teils, abgelehnt werde, geforderte Restleistung, sei völlig ausgeblieben. Eine teilweise Bewirkung der verzögerten Leistung liege also nicht vor. Zu einer Fristsetzung mit der Erklärung, daß der Gläubiger nach fruchtlosem Ablauf vom ganzen Vertrage zurücktreten werde, trotzdem nur hinsichtlich eines Teils der Hauptleistung Verzug vorliege, sei dieser berechtigt. Dies folge aus § 386 Abs. 2 BGB. Hier werde aus dem Verzug an sich — „infolge Verzuges" — ohne zwischen Verzug mit der ganzen Leistung und Verzug mit einem Teil zu scheiden, das Recht des Gläubigers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllens hergeleitet, und zwar uneingeschränkt, sei es auf Schadensersatz wegen Nichtleistung des rückständigen Teils, sei es auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit, je nachdem das zu beweisende Interesse des Gläubigers das eine oder andere erfordere. Korrespondierend mit der Ausdrucksweise dieser Stelle unterscheide auch § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB. nicht zwischen Verzug mit der ganzen Leistung und Verzug mit einem Teil der Leistung, auch nicht zwischen Nichterfüllung des rückständigen Teils und Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit[10]).

Dieser von Romeick vertretene Standpunkt kann nicht gebilligt werden. Unzutreffend ist es, daß § 326 BGB. nicht zwischen Verzug der ganzen Leistung oder einem Teil der Leistung unterscheidet. Es ist bereits gesagt worden, daß das Gesetz eine besondere Regelung des Teilverzuges in § 326 BGB. nicht getroffen hat. Unstreitig ist zwar, daß § 326 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB. entsprechend anzuwenden ist, wenn beim Teilverzug der Gläubiger bezüglich des verzögerten Teils die Verzugsrechte aus dem gegenseitigen Vertrag geltend machen will, sofern der verzögerte Leistungsteil einem verhältnismäßigen berechenbaren Teil der Gegenleistung entspricht. Setzt nun der Gläubiger im Falle des Teilverzugs eine Frist mit der Erklärung, daß er nach fruchtlosem

[9]) a.a.O. S. 26.
[10]) a.a.O. S. 75/76.

Ablauf der Frist vom ganzen Vertrage zurücktreten, bzw. Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages geltend machen werde, so würde es eine Verkennung der Bedeutung der Fristbestimmung sein, wollte man nach fruchtlosem Ablauf der Frist dem Gläubiger ohne weiteres ein Rücktrittsrecht vom ganzen Vertrage geben. Die Fristsetzung stellt eine Beweiserleichterung für den Gläubiger dar. Dies folgt aus § 326 Abs. 2 BGB. Danach gelten die Rechte des § 326 Abs. 1, ohne daß es einer Fristsetzung bedarf, wenn die Erfüllung des Vertrages infolge des Verzuges des Schuldners für den Gläubiger kein Interesse mehr hat. Setzt nun der Gläubiger nach Abs. 1 Satz 1 eine Frist, so besagt die Erklärung einfach, daß nach dem Ablauf der Frist die Leistung für den Gläubiger kein Interesse mehr hat, und die gesetzliche Folge des fruchtlosen Fristauslaufs ist, daß diese Erklärung des Gläubigers als bewiesen gilt. Diese Beweiserleichterung kann aber nur gelten, soweit die Leistung verzögert ist, nicht aber kann damit im Falle des Teilverzuges der Wegfall auch bezüglich des geleisteten Teils als bewiesen gelten. Dies folgt aus der Ausdrucksweise des Gesetzes, wonach dem Schuldner zur Bewirkung der verzögerten Leistung vom Gläubiger eine Frist mit der Erklärung gesetzt wird, daß er nach Ablauf der Frist die Annahme dieser, d. h. der verzögerten Leistung ablehne. Durch die Fristsetzung ist er der Beweispflicht, daß er an der Erfüllung dieser Leistung kein Interesse habe, enthoben.

Einen anderen Standpunkt vertritt bezüglich des hier behandelten Falls des Teilverzugs Siber[11]). Nach seiner Meinung könne der Gläubiger Totalrechte hinsichtlich des ganzen Vertrages einschließlich der schon empfangenen Leistung geltend machen, aber nur wenn sich die Verpflichtung nicht schon gespalten habe, und wenn er an der Teilerfüllung, d. h. am Behalten des schon Empfangenen kein Interesse mehr habe. Dies folge nicht durch ausdehnende Auslegung des § 326 Abs. 1 Satz 3 BGB., sondern unmittelbar aus § 325 Abs. 1 S. 2 BGB., weil durch den vergeblichen Ablauf der Ausschlußfrist die Restleistung unmöglich geworden sei, also ein wirklicher Fall der Teilunmöglichkeit vorliege.

Siber kommt zu diesem Standpunkt infolge seiner Auffassung über die Bestimmung des § 326 Abs. 1 S. 3 BGB. Diese Bestimmung sei ein Fall der Teilunmöglichkeit; mit dem Fristablauf werde die ganze Leistung unmöglich, wenn der Schuldner gar nichts geleistet habe, und es werde der ausstehende Rest unmöglich, wenn er einen Teil geleistet habe[12]). Der normale, von § 326

[11]) Planck § 326 Anm. 4 ß.
[12]) Planck § 326 Anm. 3a.

Abs. 1 S. 3 erfaßte Fall müßte danach allein der sein, daß nach Fristsetzung eine Teilleistung erfolgt und die Restleistung unmöglich geworden ist. Mit einer teilweisen Erfüllung brauchte sich dagegen der Gläubiger nicht zufrieden zu geben, wenn der nicht geleistete Teil noch möglich sei, der Schuldner aber nicht leisten wolle[13]). Die Anwendung des § 325 Abs. 1 S. 2 BGB. sei aber trotzdem nur eine entsprechende, weil hier der bereits geleistete Teil dem möglich gebliebenen Teil im § 325 Abs. 1 S. 2 entspräche.

Dieser Meinung kann de lege lata nicht gefolgt werden, denn im § 326 BGB. handelt es sich lediglich um Verzug. Ebenso wie das Gesetz keinen Unterschied macht, ob die nach Fristsetzung erfolgte völlige Nichtheilung des Verzuges auf Nichtwollen oder Nichtkönnen des Schuldners beruht, kann auch kein Unterschied bezüglich der Rechtsfolgen gemacht werden, falls der Verzug teilweise nicht geheilt ist. Wenn das Gesetz von „entsprechender Anwendung" des § 325 Abs. 1 S. 2 BGB. spricht, so soll dies offenbar nur bedeuten, daß die dort entwickelten Grundsätze Anwendung zu findeni haben, wenn ein Fall der teilweisen Heilung des Verzuges vorliegt[14]).

Richtigerweise wird auch der Fall, daß vor der Aufforderung zur Leistung ein Teil der Leistung bewirkt war und Aufhebung des ganzen Vertrages, auch soweit er erfüllt ist, verlangt wird, nach § 326 Abs. 1 S. 3 BGB. zu entscheiden sein[15]). Dies geht insbesondere aus den Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch und besonders zu der Bestimmung des § 326 BGB. hervor[16]). Zunächst war im § 369a des ersten Entwurfs bestimmt: „Erfolgt die Leistung innerhalb der Frist nicht, so ist der andere Teil berechtigt, . . . von dem Vertrage zurückzutreten. Ist die Leistung innerhalb der Frist nur teilweise nicht bewirkt, so finden die Vorschriften des § 369 Abs. 1 Satz 2 entsprechende Anwendung." Da man erkannte, daß bei dieser Fassung dem Verkäufer, der eine Anzahlung, also einen Teil der geschuldeten Leistung empfangen hat, ein Rücktrittsrecht vom ganzen Vertrage überhaupt nicht zustehen würde, während den gefaßten Beschlüssen der Gedanke zugrunde lag, daß der Gläubiger wegen teilweiser Nichtbewirkung der Leistung zurücktreten dürfe, wenn er an der teilweisen Erfüllung des Vertrages kein Interesse hat, wurde diese Gesetzesbestimmung der Redaktionskommission zur Berücksichtigung überwiesen. In das endgültige Gesetz wurden im § 326 Abs. 1 S. 3 da-

[13]) ebenso RG. Bd. 106 S. 90.
[14]) übereinstimmend Oertmann § 326 Anm. 3.
[15]) ebenso Müller a.a.O. S. 521; Jacobi, Gruch. 50 S. 235; Makower S. 1206; RG. 50 S. 141.
[16]) Protokolle Bd. 1 S. 642—50; Bd. 2 S. 62—64; RG. Bd. 50 S. 141 ff.

her statt der Worte „Ist die Leistung innerhalb der Frist nur teilweise bewirkt" die Worte „wird die Leistung bis zum Ablauf der Frist teilweise nicht bewirkt" gesetzt. Mit dieser Aenderung ist aber klargestellt, daß die Teilleistung nicht innerhalb der Frist erfolgt zu sein braucht.

Mit dieser Feststellung ergeben sich neue Möglichkeiten von Fällen, die unter § 326 Abs. 1 S. 3 BGB. fallen, nämlich wenn der Schuldner einen Teil der Hauptleistung schon vor der Fristsetzung, einen weiteren innerhalb der Frist geleistet und einen dritten bis zum Ablauf der Frist nicht geleistet hat. Besteht die Hauptleistung des Käufers aus Zahlung und Abnahmepflicht, so ist einmal der Fall denkbar, daß der Käufer vor der Fristsetzung abgenommen, aber nicht gezahlt hat und nach der Fristsetzung bezüglich eines Teils der abgenommenen Ware gezahlt hat, oder umgekehrt, daß der Käufer vor der Fristsetzung bezahlt, aber nicht abgenommen hat und während der Frist einen Teil der Ware abnimmt. Andererseits kann auch vor der Fristsetzung eine quantitative Erfüllung erfolgt sein und während der Fristsetzung ein qualitativer Teil ganz erfüllt werden. Schließlich ist noch der Fall denkbar, daß sowohl vor der Fristsetzung als auch während des Laufs der Frist ein Teil der Waren abgenommen und bezahlt wird, bezüglich des Restes der Schuldner aber im Zahlungs- und Abnahmeverzug bleibt. Alle diese Möglichkeiten sind genau so zu behandeln, wie die normalen Fälle einer teilweisen Erfüllung, denn auch hier ist nach Ablauf der gesetzten Frist ein Teil der Hauptleistung qualitativ oder quantitativ teilweise erfüllt. nur soweit eine quantitative Teilleistung von dem säumigen Vertragsteil gemacht worden ist, ist, wie bereits gesagt, eine teilweise beiderseitige Erfüllung des Vertrages möglich.

Literatur

Bechmann: Geschichte des Kaufs im römischen Recht, Erlangen, 1876, 1884, 1905.

Bendix: Der § 326 BGB. in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, in Seuff. Bl. f. Rechtsanwendung, 77. Bd. 1912.

Ders.: Zur Auslegung des § 326 BGB. in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, in Ztschr. f. Rechtspflege in Bayern 1916, S. 246.

Chone: Die Zusicherung einer noch nicht vorhandenen Eigenschaft, insbesondere die Rechte des Käufers bei Nichteintritt der Eigenschaft, in Gruchot Bd. 61 S. 199 ff.

Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts, 7. Aufl. Stuttgart 1910.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Tübingen und Leipzig 1902, 3. Aufl.

Düringer-Hachenburg: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. V, 1, 5. Aufl. Mannheim 1932.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs, 4. Aufl. Halle.

Eck: Vorträge über das Recht des BGB. Bd. 1, 1903.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 9. Aufl. Berlin 1903.

Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Bd. 11. Bearbeitung, Marburg 1930.

Entwurf eines HGB. nebst Denkschrift zu dem Entwurf eines HGB. in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage, Berlin 1897.

Fleck: Die Verzugslehre und der Entwurf eines HGB. in Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 12 S. 252 ff.

Förtsch: Sprache der Juristen, der Gesetze, der Geschäftswelt, in DJZ. 1905 S. 15 ff.

Gerhard: Die Abnahmepflicht des Käufers nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Diss. Heidelberg 1910.

Hohenstein: Der Abnahme-, Annahme-Verzug des Käufers — Gläubigers, in Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 25 S. 69 ff.

Ders.: § 326 BGB. und der Abnahmeverzug des Käufers, in Gruchot Bd. 48 S. 711 ff.

Wilhelm Kisch: Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem BGB. für das Deutsche Reich, Jena 1900, in Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß d. Dt. R., Bd. 7 Heft 1.

Kipp-Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. 1906.

Kleineidam: Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Jena 1900, in Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß d. Dt. R., Bd. 7 Heft 1.

Kohler: Der Gläubigerverzug in Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 13, S. 149 ff.

Ders.: Annahme und Annahmeverzug in Jherings Jahrb. Bd. 17 S. 261 ff.

Jacobi: Die Abnahmepflicht des Käufers in Jherings Jahrb. Bd. 45 S. 261 ff.

Ders.: Zur Lehre vom Sukzessiv-Lieferungsvertrag Bd. 50 S. 230.

Krahmer: Gegenseitige Verträge, Studien 1904.

Laband: Zum zweiten Entwurf eines BGB., in Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 74 S. 301 ff.

Lehmann: Die Bedeutung der Ausdrücke Abnahme (Empfangnahme) nach dem BGB. und dem HGB. in DJZ. 1902 S. 491 ff.

Lehmann-Ring: Das Handelsgesetzbuch 2. Aufl. 1914.

Lippmann: Gibt der Abnahmeverzug des Käufers für sich allein die Rechte aus § 326 BGB.? In DJZ. 1904 S. 800.

Makower: Handelsgesetzbuch mit Kommentar, Bd. 2. 13. Aufl. Berlin 1907.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 2, 1888.

Müller: Der Sukzessivlieferungsvertrag in Gruchot Bd. 50 S. 508 ff.

Mugdan: Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1899.

Oberloskamp: Abnahmepflicht nach dem Bürgerlichen Gesetz für das Deutsche Reich, Diss. Leipzig 1905.

Oertmann: I: Kommentar zum Recht der Schulverhältnisse, 5. Aufl. 1928, 1929 Berlin.

Ders.: II: Der gewöhnliche Handelskauf, in Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts, Bd. IV, 2 S. 327 ff.

Ders.: III: Entgeltliche Geschäfte, in Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß d. Dt. R. München 1912, Bd. 23, Heft 3.

Paech: Der Leistungsverzug, 1902.

Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl. 1914, 1928 Berlin.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 1 und 2, 1897/1898.

Kommentar von Reichsgerichtsräten zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2 und 3, 7. Aufl. 1929.

Romeick: Zur Technik des BGB., Heft 1: Fristbestimmung, Stuttgart 1901

Rosenberg: Der Verzug des Gläubigers, in Jherings Jahrb. Bd. 43 S. 141 ff.

Rosenthal: Die Abnahmepflicht des Gläubigers nach dem BGB., Diss. Bonn 1904.

Rümelin: Dienst- und Werkvertrag, Tübingen 1905.

Schöller: Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung, insbesondere der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Kauf, Werkvertrag, Miete und Dienstvertrag nach dem BGB., in Gruchot Bd. 46 S. 1 ff.

Schunkert: Nebenverpflichtungen beim Kaufvertrag, Anwendung des § 326 BGB., Diss. Köln 1925.

Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 1 5. Aufl. 1931.

Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 12. und 13. Aufl. Berlin-Leipzig 1926, Bd. 3.

Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl. Bd. II, 1, 2, Berlin-München-Leipzig, 1928, 1930.

Treidel: Abnahmepflicht und Abnahmeverzug beim Kauf, Diss. Heidelberg 1910.

Wendt: Die exceptio doli generalis im heutigen Recht oder Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse, in Arch. f. ziv. Prax. Bd. 100 S. 1 ff.

Weißstein: Ueber die Anwendbarkeit des § 326 BGB. beim Abnahmeverzug des Käufers, Diss. Breslau 1909.

Wuggaetzer: Der Abnahmeverzug des Käufers im Handelsrecht und seine Rechtsfolgen, Diss. Erlangen 1911.

Zander: Der Kauf auf Abruf, in Gruchot Bd. 52 S. 304 ff.

Zeeden: Der Abnahmeverzug beim Kauf und seine Wirkungen, Diss. Rostock 1907.

Verzeichnis der zitierten Zeitschriften und Entscheidungssammlungen

RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

JW. = Juristische Wochenschrift.

JR. = Juristische Rundschau.

DJZ. = Deutsche Juristenzeitung.

Arch. f. ziv. Prax. = Archiv für die zivilistische Praxis.

Arch. f. bürg. R. = Archiv für bürgerliches Recht.

Jhr. J. = Jahrbuch für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, herausgegeben von Jhering.

Gruch. = Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts.

Recht = Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand.

LZ. = Leipziger Zeitschrift für das deutsche Recht.

Bolze = Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen, herausgegeben von Bolze.

Holdheim = Monatszeitschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Steuer- und Stempelfragen, herausgegeben von Holdheim.

Lebenslauf

Am 12. März 1908 wurde ich als Sohn des Kaufmanns Hugo Venettisch und seiner Ehefrau Elisabeth, geb. Wermann, zu Berlin geboren. Ostern 1914 kam ich auf die Vorschule des Fichte-Gymnasiums zu Berlin-Wilmersdorf, wo ich bis zu Michaelis 1921 blieb. Dann besuchte ich das staatliche Wilhelms-Gymnasium zu Berlin bis zu dessen Auflösung Ostern 1924. Die drei letzten Schulklassen machte ich auf dem staatlichen französischen Gymnasium zu Berlin durch, wo ich Ostern 1927 die Reifeprüfung bestand.

Danach wandte ich mich dem Studium der Rechtswissenschaft zu, und zwar studierte ich ein Semester in Genf, zwei Semester in Berlin, ein Semester in Freiburg und zuletzt drei Semester in Breslau, wo ich auch am 27. April 1931 die erste juristische Staatsprüfung bestand. Am 15. Juni 1931 wurde ich zum Referendar ernannt und kam in dieser Eigenschaft zunächst an das Amtsgericht in Rathenow a. H. Von dort kam ich an das Landgericht I in Berlin.. Augenblicklich bin ich bei der Staatsanwaltschaft des Landgerichts I in Berlin tätig.